

FÁBIO FERNANDES MAIA

DESCORTINANDO O PASSADO AUTORITÁRIO:
UMA ANÁLISE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA E DA
(IN) DECISÃO DO STF NA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina – CCJ/UFSC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof., Dr. Airton Lisle Cerqueira Seelaender.

FLORIANÓPOLIS
2011

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária
da
Universidade Federal de Santa Catarina

M217d Maia, Fábio Fernandes

Descortinando o passado autoritário [dissertação] :
uma análise da justiça de transição brasileira e da
(in) decisão do STF na ação de descumprimento de preceito
fundamental nº 153 / Fábio Fernandes Maia ; orientador,
Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender. - Florianópolis,
SC, 2011.

285 p.: tabs.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Justiça - 1964-1985 - Brasil. 3. Anistia.
4. Direitos humanos. 5. Brasil - História - 1964-1985.
6. Brasil - Constituição. I. Seelaender, Airton Lisle
Cerqueira Leite. II. Universidade Federal de Santa Catarina.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

FÁBIO FERNANDES MAIA

DESCORTINANDO O PASSADO AUTORITÁRIO:
UMA ANÁLISE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA E DA
(IN) DECISÃO DO STF NA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, 30 de novembro de 2011.

Prof., Dr. Luis Otávio Pimentel
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof., Dr. Airton Lisle Cerqueira Seelaender
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.^a, Dr.^a Thais Luzia Colaço
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof., Dr. Vladmir Oliveira da Silveira
Pontífice Universidade Católica de São Paulo

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a minha esposa, Carolina Medeiros Bahia, pela atenção, amor e companhia.

Ao meu orientador, Airton Lisle Cerqueira Seelaender, pelos importantes ensinamentos durante o processo de orientação.

Aos professores avaliadores Vladimir Oliveira da Silveira e Thais Luzia Colaço, pela compreensão e generosidade ao aceitarem participar desta banca num prazo tão exíguo.

A Minha Família que sempre me apoiou nos bons e nos difíceis momentos.

A todos os amigos que me acompanharam nessa louca trajetória que chamamos vida, em especial ao Professor Rafael Mendes, companheiros de batalhas, greves e piquetes que nunca deixou de dar suporte e apoio pela revisão final do presente trabalho.

A CAPES, pelo auxílio financeiro sem o qual seria impossível finalizar este trabalho.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABI	Associação Brasileira de Imprensa
AC	Antes de Cristo
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Ato Institucional
ALN	Aliança Libertadora Nacional
AO	Ação Originária
ARENA	Aliança Renovadora Nacional
BNM	Brasil Nunca Mais
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIE	Centro de Informações do Exército
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CNV	Comissão Nacional da Verdade
CONADEP	Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
DEIC	Departamento de Investigações sobre o Crime organizado
DH	Direitos Humanos
DL	Decreto-lei
DOI	Destacamento de Operações de Informações
DOI-CODI	Destacamento de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa Interna
DOPS	Departamento de Ordem Política e Social
DSN	Doutrina da Segurança Nacional
EC	Emenda à Constituição
ESG	Escola Superior de Guerra
Ext	Extradição
GPMI	Grupo Permanente de Mobilização Industrial
HC	Habeas Corpus
IML	Instituto Médico Legal
IPM	Inquérito Policial Militar
LSN	Lei de Segurança Nacional
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
MS	Mandado de Segurança
MST	Movimento dos Trabalhadores Sem Terra
MP	Medida Provisória

OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OBAN	Operação Bandeirante
OEA	Organização do Estados Americanos
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização da Nações Unidas
PAC	Proletários Armados pelo Comunismo
PCB	Partido Comunista Brasileiro
PCdoB	Partido Comunista do Brasil
PGR	Procuradoria Geral da República
PJ	Poder Judiciário
PL	Projeto de Lei
PM	Policia Militar
PNDH3	Plano Nacional de Direitos Humanos 3
RC	Reclamação Constitucional
RE	Recurso Extraordinário
RISTF	Regimento Interno do STF
SNI	Serviço Nacional de Informações
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
SV	Súmula Vinculante
TDE	Terrorismo De Estado
TPI	Tribunal Penal Internacional
TRC	Truth and Reconciliation Commission
UNE	União Nacional dos Estudantes
USP	Universidade de São Paulo

O bêbado e a equilibrista

Caía a tarde feito um viaduto
E um bêbado trajando luto
Me lembrou Carlitos...

A lua
Tal qual a dona do bordel
Pedia a cada estrela fria
Um brilho de aluguel

E nuvens!
Lá no mata-borrão do céu
Chupavam manchas torturadas
Que sufoco!

Louco!
O bêbado com chapéu-coco
Fazia irreverências mil
Prá noite do Brasil.
Meu Brasil!...

Que sonha com a volta
Do irmão do Henfil.
Com tanta gente que partiu
Num rabo de foguete
Chora!
A nossa Pátria
Mãe gentil
Choram Marias
E Clarisses
No solo do Brasil...

Mas sei, que uma dor
Assim pungente
Não há de ser inutilmente
A esperança...

Dança na corda bamba
De sombrinha
E em cada passo
Dessa linha
Pode se machucar...

Azar!
A esperança equilibrista
Sabe que o show
De todo artista
Tem que continuar...

João Bosco, 1979.

RESUMO

Com a queda do governo Jango em 1964 iniciou-se no Brasil o período do chamado Regime Militar. Durante 21 anos o país foi dirigido pelas Forças Armadas num sistema político fechado e autoritário. A partir de 1985 iniciou-se o processo, ainda que incompleto, de transição política. Este trabalho tem por objeto investigar o processo de transição brasileiro feito a partir da promulgação da Lei de Anistia (6683/79) e o *leading case* da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 que enfrentou a extensão e alcance da anistia política conferida pela lei 6683/79 aos agentes perpetradores de graves violações de Direitos Humanos à luz dos postulados da constituição brasileira de 1988, dos tratados internacionais de direitos humanos e do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O método de pesquisa empregado foi o indutivo com utilização de pesquisa bibliográfica e estudo de caso (*case study*) com o recurso a fontes primárias de textos legislativos do período, além de referências bibliográficas, como também decisões correlatas do STF. Como resultado da pesquisa evidenciou-se flagrantes contradições entre a fundamentação da decisão e a jurisprudência histórica e recente sobre o tema.

Palavras-chave: Regime Militar. Justiça de Transição. Anistia. Constituição. Direitos Humanos.

ABSTRACT

With the fall of João Goulart government in 1964 began the period in Brazil the military dictatorship. For 21 years the country was run by the armed forces in a closed and authoritarian political system. From 1985 began the process still incomplete transition policy. This study's purpose is to investigate the process of transitional Brazilian made after the promulgation of the amnesty law (6683/79) and the Leading Case No. 153 of ADPF who faced the extent and scope of political amnesty granted by the law 6683/79 for staff perpetrators of serious human rights violations in light of the postulates of the constitution of 1988, international treaties on human rights, and understanding the Inter-American Court of Human Rights. The research method was used with the inductive use of literature and case study, with the use of primary sources of legislation of the period, and bibliographic references, as well as decisions related to the STF. As a result of the research proved to be blatant contradictions between the reasoning of historical and recent case law and on the subject.

Keywords: Military Regime. Transitional Justice. Amnesty. Constitution. Human Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 CAPÍTULO I – PRECEDENTES HISTÓRICOS DA “PROMULGAÇÃO” DA LEI DE ANISTIA.....	19
2.1 A DISTENSÃO LENTA E GRADUAL PATROCINADA PELO REGIME	21
2.2 UM NOVO SURTO REPRESSIVO	26
2.3 O “SUICÍDIO DE VLADO”	32
2.4 A DEMISSÃO DO COMANDANTE DO II EXÉRCITO	43
2.5 A CENSURA E A LEI FALCÃO	47
2.6 O PACOTE DE ABRIL.....	52
2.6.1 A Emenda Constitucional nº 8	54
2.6.2 O decreto-lei 1.541/77	58
2.6.3 O decreto-lei 1542/77	59
2.7 A APROVAÇÃO DA LEI 6683/79	62
3 CAPÍTULO II – DÉCADA DE 90: A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E O REDIMENSIONAMENTO DO DEBATE	73
3.1 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: INTROITO	73
3.2 CONCEITO E ESPÉCIES	78
3.3 RECONHECIMENTO E REPARAÇÃO DAS VÍTIMAS E FAMILIARES	81
3.3.1 Estratégias de reparação utilizadas no Brasil	83
3.4 DO DIREITO FUNDAMENTAL À MEMÓRIA E À VERDADE 97	
3.4.1 1º momento: o Projeto Brasil Nunca Mais	98
3.4.2 2º momento: o livro Direito à Memória e Verdade	103
3.4.3. Momento atual	104
3.4.4 Dificuldades ainda não enfrentadas	106
3.5 REFORMA DO ESTADO	124
3.5.1 Breve histórico dos antecedentes da redemocratização no Brasil	126
3.5.2 Os sistemas penais criados pelo Regime Militar	127
3.5.2.1 O sistema penal oficial	128
3.5.2.2 O sistema penal paralelo	131
3.5.2.3 O sistema penal subterrâneo	134
3.5.3 O Estado brasileiro após a constituição de 1988	140

4	CAPÍTULO III RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES VIOLADORES DE DIREITOS HUMANOS E O JULGAMENTO DA ADPF 153	149
4.1	OS CRIMES DE LESA-HUMANIDADE.....	151
4.2	O <i>jus cogens</i> , a imprescritibilidade e a jurisdição universal.....	158
4.3	O SISTEMA INTERAMERICANO E SUA INTERPRETAÇÃO SOBRE AUTOANISTIAS.....	161
4.3.1.	O caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.....	174
4.4	A ADPF 153: NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	185
4.5	A PETIÇÃO INICIAL DA OAB.....	194
4.5.1	Dispositivo legal questionado.....	194
4.5.2	Cabimento da presente demanda.....	195
4.5.3	Inépcia jurídica da interpretação questionada da lei 6683/79.....	196
4.5.4	Preceitos fundamentais violados pela interpretação questionada da lei 6.683/1979.....	198
4.5.5	Pedido.....	201
4.6	O SANEAMENTO DO PROCESSO.....	202
4.6.1	Parecer da AGU como <i>defensor legis</i>	203
4.6.2	Parecer da PGR (<i>custos constitutionis</i>).....	204
4.6.3	A negativa de audiência pública.....	205
4.7	VOTO DO RELATOR (VENCEDOR).....	208
4.8	VOTOS DIVERGENTES.....	213
4.8.1	Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.....	213
4.8.2	Voto do Ministro Aires Brito.....	220
5	CAPÍTULO IV – AS CONTRADIÇÕES DO STF EM FACE DO JULGAMENTO DA ADPF 153	225
5.1	O <i>HABEAS CORPUS</i> 85785/TO: A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS AO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	228
5.2	A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL 4335/AC E A SUPOSTA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	234
5.3	A EXTRADIÇÃO 1085: O CASO CESARE BATTISTI.....	242
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	257
	REFERÊNCIAS	265

1 INTRODUÇÃO

Após o governo Médici, em 1974, Geisel começa a implementar a distensão lenta e gradual. Abusos, contudo, continuavam a serem cometidos. Este foi o período em que a operação Condor mais atuou. Com o “suicídio” de Vladmir Herzog, em outubro de 1975 e após 3 meses um novo suicídio, o do metalúrgico Manuel Fiel Filho, o regime começou a ficar insustentável. Geisel exonerou o comandante do II exército. Este fato aumentou a tensão dentro do governo com o atrito entre os legalistas e a linha dura.

Em 1977 é editado o Pacote de Abril, com a intenção clara de combater o avanço político do MDB nas eleições para o parlamento em 1974. Este pacote insere no quadro político a figura do Senador biônico, a partir de então um terço dos Senadores seriam escolhidos por voto indireto. Foi nesse contexto, somado à edição da Lei Falcão no ano anterior, que a anistia brasileira foi votada.

Apesar da anistia de 1979, a tensão no seio do movimento militar continuava. Atentados contra organizações do movimento social continuavam a acontecer no começo dos anos 80. Os episódios da bomba na sede da OAB no Rio de Janeiro e do carro que explodiu no 1º de maio no Rio Centro foram os fatos mais significativos. Em 1984, cresceu o sentimento pela redemocratização. O movimento das *Diretas Já* tomou conta do país. Apesar da rejeição da emenda Dante de Oliveira, no ano seguinte, Tancredo Neves foi eleito o primeiro presidente civil desde 1961.

Com a sua morte assumiu José Sarney, com a missão de consolidar a transição democrática. Desde a promulgação da Constituição de 1988 a sociedade brasileira assumiu a responsabilidade de proceder à transição do regime jurídico autoritário a um estado democrático e social de direito. O art. 8º do ADCT previu expressamente isso.

Constituiu-se um suposto consenso de que, com a anistia, todos os crimes estariam perdoados. Uma borracha havia sido passada no passado. Ocorre que, segundo dados da comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos do ministério da justiça, ainda hoje existem 475 cidadãos desaparecidos pelo Regime Militar e os seus parentes não tiveram ainda o direito a-histórico de enterrá-los.

Com a edição das leis 9140/95 e 10.559/02 que regulamentaram, com quase uma década de atraso, o art. 8º do ADCT, o Estado brasileiro começou a proceder, ainda que timidamente, uma justiça de transição. As vítimas e os familiares dos mortos e desaparecidos passaram a receber indenizações pelas violações que o estado praticou durante o período de exceção e ainda foi fundada a comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos com missão de julgar administrativamente os casos de violações de direitos humanos.

Esta comissão tem avaliado os casos e disponibilizado publicamente os dados coletados por meio de audiências públicas, de uma revista especializada e por meio de livros publicados. Infelizmente, devido à pressão exercida pelo ministério da defesa e pelos setores mais conservadores da sociedade, continuam em vigor as leis 8159/91 e 11.111/05 classificando os arquivos do período do Regime Militar como ultrassecretos sem a possibilidade de serem consultados.

A anistia produzida pelo Estado brasileiro protegeu unicamente os agentes violadores de direitos humanos do Estado. Em 1979, a imensa maioria da resistência armada clandestina já tinha sido executada a margem do decreto 898/69 que trazia a possibilidade de pena de morte. A corte interamericana de direitos humanos, jurisdição reconhecida pelo Brasil no decreto 89/98, já decidiu em pelo menos 5 casos serem nulas de pleno direito as auto anistias decretadas por governantes.

Contudo, até o presente momento nenhum militar sequer foi julgado criminalmente em qualquer instância judicial. E o processo penal militar continua em vigor mantendo toda uma estrutura corporativista que dificulta sobremaneira a apuração de violação de direitos humanos na órbita do estado.

Em 2008, foi proposta uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental pela OAB em que o principal pedido do autor era uma interpretação conforme a constituição para que as graves violações de direito humanos perpetrados pelos agentes do estado não fossem cobertas pela anistia.

O presente trabalho terá como objeto principal o estudo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, proposta pelo Conselho Federal de Ordem dos Advogados do Brasil.

Pretende-se com este estudo responder o seguinte questionamento: em que medida o STF utilizou das técnicas e postulados da Justiça de transição construídos e sedimentados a partir

dos tribunais de Tóquio e Nuremberg após a II Guerra Mundial no julgamento do processo objetivo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 153?

O método de pesquisa a ser o utilizado será o indutivo, com utilização de pesquisa bibliográfica e estudo de caso (*case study*).

Dividimos a obra em 04 capítulos nesta ordem: (1) Precedentes históricos da “promulgação” da Lei de Anistia; (2) Década de 90: a justiça de transição e o redimensionamento do debate, (3) Responsabilização dos agentes violadores de direitos humanos e o julgamento da ADPF 153, (4) As contradições do STF no do julgamento da ADPF 153.

No primeiro capítulo será enfrentado os precedentes da promulgação da Lei de Anistia, o momento político, os fatos relevantes que marcaram o país, o textos legislativos utilizados pelo regime que antecederam a votação da lei, como também os debates no plenário do congresso durante a sua votação. Utilizar-se-á aqui do método histórico, dando preferência sempre a fontes primárias de consulta, tais como as notas taquigráficas do Congresso Nacional e utilizando, preferencialmente, textos da época e autores que participaram ativamente daquele momento histórico como: Silvio Frota, então Ministro do Exército; Armando Falcão, então Ministro do Exército; Hugo de Abreu, chefe do Gabinete Militar de Geisel, dentre outros. Tentamos ao máximo afastar-nos das paixões que este tipo de pesquisa causam nos atores políticos sem, contudo, perder a atmosfera tensa e acalorada do período.

No segundo capítulo será introduzido o marco teórico utilizado nesta obra: A justiça de transição. Definiremos seu instituto e seus precedentes históricos, sempre confrontando seus conceitos e técnica às estratégias justtransicionais utilizadas no caso brasileiro. A maior parte das fontes utilizadas neste capítulo foi fruto de uma pesquisa feita em Buenos Aires, na Argentina, em julho de 2009, em virtude de um convênio entre o Instituto de Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Catarina e do programa de *postgrado de la Facultad de Derecho de la UBA (Universidad de Buenos Aires)*. Essa pesquisa realizada enriqueceu bastante este trabalho, pois o debate sobre a transição política naquele país está mais sedimentado por ter começado ainda na década de 80 enquanto que a transição política brasileira ainda não foi inteiramente sistematizada.

No terceiro capítulo será trabalhado o mais importante dos eixos da justiça de transição, qual seja: a responsabilização dos agentes violadores de direitos humanos, correlacionado-o com o julgamento da ADPF 153. Nela, exploraremos as contribuições do direito internacional sobre o tema como o conceito de crimes de lesa-humanidade, *jus cogens*, a imprescritibilidade, a jurisdição universal e, principalmente, será tratada a posição da Corte Interamericana de direitos humanos sobre auto-anistias. Ao final far-se-á uma descrição minuciosa do julgamento da ADPF 153: desde a fase inicial, passando pelos pareceres da AGU e PGR, pelo voto vencedor do relator e pelos votos dissidentes.

No quarto capítulo, a decisão do STF na ADPF 153 será confrontada com três decisões recentemente julgadas, apontando suas características, nuances e contradições. Serão trabalhados: o *habeas corpus* 85785/TO, que modificou o entendimento do STF sobre a recepção de tratados internacionais de direitos humanos; a Reclamação Constitucional 4335/AC, que introduziu a possibilidade de uma suposta mutação constitucional em relação à participação do Senado no controle de constitucionalidade difuso; e a extradição 1085, o famoso caso Cesare Battisti, quando o STF tentou limitar a conduta soberana da presidência da República nas relações internacionais.

Esperamos ao fim do trabalho trazer subsídios e fundamentos para contribuir com o debate da construção de um estado direito mais amplo e democrático. Boa Leitura!

2 CAPÍTULO I – PRECEDENTES HISTÓRICOS DA “PROMULGAÇÃO” DA LEI DE ANISTIA

Os governos militares que assumiram o poder após o mandato do Presidente Castelo Branco representaram a ascensão da chamada linha dura. O período foi marcado pelo pior surto repressivo de todo o Regime Militar pós-64. O aparelho repressivo oficial, paralelo e subterrâneo¹ foi aumentado exponencialmente. Todas as organizações de esquerda que se envolveram com a resistência armada foram literalmente exterminadas. No total de 74 só sobraram alguns poucos militantes da guerrilha do Araguaia.

Todavia, internamente este cenário de repressão era pouco sentido. A censura era feita ostensivamente. Qualquer matéria política na imprensa formal sofria controle prévio, ficaram eternizadas as receitas de bolo e os versos de Camões nos jornais da época².

O parlamento foi dissolvido após os discursos do deputado Márcio Moreira Alves que culminaram com a edição do AI-5. A eleição de 1970 foi marcada pela brutalidade. A oposição consentida diminuiu muito. Após a edição da lei complementar nº5 de 1970 alterando a forma de composição do parlamento, o MDB, partido da oposição obteve apenas 67 assentos dos 310; e para o Senado apenas 05 dos 41 assentos³. Outro detalhe significativo desta lei que visava mudar a correlação de forças do parlamento é que ela incluía, para o computo da representação parlamentar, apenas o número de eleitores, não mais o número de habitantes por estado e ainda limitava o número mínimo e máximo de representantes por estado o que favorecia sobremaneira o governo, pois nos estados centrais o MDB tinha uma estrutura organizada. A partir desse momento a ARENA tinha quórum de 2/3 para aprovar qualquer emenda constitucional, mas isto não seria utilizado, a legalidade, mesmo arbitrária, tinha um custo político, era

¹ Para uma melhor compreensão dos sistemas penais oficial paralelo e subterrâneo ver: ZAFFARONI, Raúl E. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 54.

² Sobre o sistema repressivo contra a imprensa e os jornalistas ver: ARQUEDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil nunca mais**. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 143-147.

³ BRAGA, Hilda Soares. **Sistemas eleitorais do Brasil (1821-1988)**. Brasília: Senado Federal, 1990. p. 118-119.

mais prático livrar-se dos dissidentes pela via da repressão. O medo e o fantasma da repressão rondavam a atuação parlamentar.

O Judiciário também foi afetado. Além dos expurgos do 1º ato institucional, sucessivos atentados contra independência do judiciário foram perpetrados. Os crimes políticos e militares passaram a ser competência da justiça militar, já com o AI-2. Em fevereiro de 69 edita-se o AI-6 alterando a competência e reduzindo o número de ministros para 11. Este ato teve como objetivo por em inatividade os ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima, Evandro Lins e Silva do STF e Pery Beviláqua do STM (Superior Tribunal Militar), tidos como liberais ao tratar com problema dos subversivos terroristas⁴

A ditadura militar que, inicialmente tinha o escopo de garantir a democracia e a estabilidade política, ao fim dos 7 anos da linha dura, já tinha editado 17 atos institucionais, outorgado 2 cartas constitucionais e ainda fechado e dissolvido o parlamento por quase 2 anos, só reabrindo-o para processar a sucessão numa eleição indireta.

Todavia, apesar de toda a repressão política, a sensação para as camadas médias da população era diferente. Ao fim do governo Médici, o país encontrava-se em franco crescimento proporcionado pela aliança tecnocrata/militar, aliado a felicidade proporcionada à nação canarinho pela conquista do tricampeonato mundial de futebol, cuidadosamente capitalizada pela figura do presidente, repercutindo assim numa altíssima aceitação popular ao Regime Militar.

Ocorreu um forte surto industrial e a confiança externa atraía fortes fluxos de capitais que financiavam os investimentos e melhoria da qualidade de vida das camadas médias. A propaganda oficial tratava de retratar maciçamente essa situação. O lema era “Brasil: Ame-o ou deixe-o”. Ao fim do período ocorreu a transição política menos tensa da história das administrações militares brasileiras. Médici acabou escolhendo unilateralmente o então presidente da Petrobrás, general Ernesto Geisel⁵ como seu sucessor⁶.

⁴ SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo a Tancredo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 167.

⁵ *Ernesto Geisel* nasceu em Bento Gonçalves (RS) no dia 3 de agosto de 1907. Ingressou em 1921 no Colégio Militar de Porto Alegre, cujo curso concluiu em 1924 como primeiro aluno da turma. Participou ativamente do movimento da revolução de 30 que depôs o presidente Washington Luís. Foi secretário de Obras da Paraíba de 34 à 35. Obteve o primeiro lugar entre os militares da arma que cursaram a Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais (EsAO) em 1938. Após a guerra faz um estágio, Army Command and General Staff College, em Fort Leavenworth, Estados Unidos, onde depois muitos de seus colegas da ESG retornariam.

2.1 A DISTENSÃO LENTA E GRADUAL PATROCINADA PELO REGIME

A arbitragem dos ditadores é eficaz, e é fácil administrá-la quando avança sobre as liberdades públicas. Nesses casos, o ditador acumula o poder a cada volta do parafuso, restringindo e esterilizando o campo de ação do adversário. Girando o sentido inverso, além de diminuir seu poder, coisa com a qual eventualmente pode até concordar, abre espaço para o surgimento de problemas que não pode controlar nem sequer prever. Esse grau de incerteza era parte do estratagema, mas transformara-se, para Geisel, uma fonte ansiedade e cautela. Se é possível arriscar, sabia a direção, mas não conhecia o caminho.⁷

Ao assumir o governo em 74, Ernesto Geisel e seu grupo de egressos da Escola Superior de Guerra (ESG), tal qual o primeiro presidente do Regime Militar, Castelo Branco, tinham pela frente uma dura tarefa. Desmontar o regime que havia se transformado num monstro descontrolado, criatura da qual eram os criadores.

O gabinete montado pelo presidente Geisel sinalizava certa mudança, trazendo para o *front* do governo os seus antigos aliados

Chefiou a secretaria geral do Conselho de Segurança Nacional, foi adjunto do adjunto do Estado-Maior das Forças Armadas (EMFA). Em 1952, foi designado membro permanente da Escola Superior de Guerra (ESG). Em 1956 assumiu o comando do 2º Grupo de Canhões Antiaéreos, em Quitaúna (SP). Em novembro de 1963 tornou-se segundo subchefe do Departamento de Provisão Geral do Exército, onde iria cumprir um papel importante na deposição do presidente Jango. Geisel foi promovido a general-de-divisão em novembro de 1964, ainda na chefia do Gabinete Militar. Promovido a general-de-exército em novembro de 1966, foi nomeado Ministro do Superior Tribunal Militar (STM), onde teve fama de ministro enérgico. Aposentou-se do STM em 1969, sendo nomeado para a presidência da Petrobras em novembro desse ano, no início do mandato presidencial do general Emílio Garrastazu Médici. CPDOC. Disponível em: <<http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

⁶ GASPARI, Elio. **A Ditadura derrotada**. São Paulo: Cia das Letras, 2003. p. 215-229.

⁷ Idem. **A Ditadura encurralada**. São Paulo: Cia das Letras, 2003. p. 35.

castelistas, menos afinados com a linha dura, apesar de não terem rompido totalmente com eles. Na área econômica resolvera eliminar as ambições políticas de Delfim Neto⁸, dando a este um prêmio de consolação, a vaga de embaixador brasileiro na França. Colocando em seu lugar Mario Henrique Simonsen, jovem economista, cujas políticas eram aparentemente mais ortodoxas do que seu antecessor⁹. Para a Justiça, Armando Falcão e Nei Braga para a Educação. Em síntese, o gabinete de Geisel se resumia a uma gama de técnicos com pouca expressão política, aliados a militares de ambos os campos da caserna. Não havia super ministros como Delfim e Orlando Geisel foram no governo Médici, aliás, este irmão do sucessor, inclusive não galgou nenhuma função no governo tendo ido para a reserva após a posse de Geisel, sendo nomeado para o comando das Forças Armadas Vicente Paulo Dale Coutinho.

Segundo Skidmore¹⁰, o governo Geisel e seus colaboradores diretos oriundos da Escola Superior de Guerra, tinham 4 objetivos principais para garantir a fórmula da lenta e gradual abertura do sistema político criado: 1) Manter o apoio majoritário dos militares reduzindo o papel da linha dura no contexto político; 2) Controlar os subversivos, seja lá o que queria isso dizer àquela altura; 3) Promover o retorno à

⁸ Antônio Delfim Neto nasceu na cidade de São Paulo no dia 1º de maio de 1928, filho de José Delfim e de Maria Delfim, ambos de descendência italiana. Em 1948, ingressou na Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade de São Paulo (USP) e passou a trabalhar no Departamento de Estradas de Rodagem (DER). Foi diretor de pesquisa da Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas da USP, membro do Conselho Universitário dessa instituição, do Serviço Estadual de Mão de Obra da Secretaria do Trabalho do governo estadual e do Conselho Técnico Consultivo da Assembleia Legislativa. Com a posse do general Artur da Costa e Silva na presidência da República em 15 de março de 1967, Delfim Neto foi nomeado Ministro da Fazenda. Com o afastamento de Costa e Silva em agosto de 1969 por motivo de doença. Apesar da mudança de governo, Delfim Neto foi mantido em seu posto e a política econômica não foi alterada, ele é mantido no centro do comando econômico. O endurecimento do Regime Militar favoreceu ainda mais a centralização financeira e tributária em curso e garantiu a aplicação das diretrizes do Ministério da Fazenda, transformando aquilo que os brasilianistas chamariam de aliança plutocrática-militar. O período em que esteve à frente do ministério simbolizou a entrada no Brasil no milagre econômico. Teve ambitionou neste período o governo de São Paulo, porém, aceitou substituir o general Aurélio de Lira Tavares no posto de embaixador do Brasil na França, tomando posse em 7 de fevereiro de 1975. Dicionário Historiográfico-brasileiro. Disponível em: <<http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

⁹ SKIDMORE, 1988, p. 318.

¹⁰ Idem, Ibidem, p. 319-320.

democracia representativa de forma lenta e gradual, sem enfraquecer os propósitos dos militares; 4) Garantir altas taxas de crescimento para que com isso a opinião pública continuasse favorável ao regime.

A principal peça do Gabinete do presidente que se encarregou de montar o esquema de descompressão foi o então chefe de gabinete civil General Golbery do Couto e Silva¹¹

A anistia política do período do Regime Militar brasileiro foi apenas um dos pontos do longo plano de distensão política pensada pelos sucessores do Castelismo. Àquela altura, no meio de 1974, por um lado, o Regime Militar estava à beira do colapso por conta da repressão política e da falta de disciplina nos quartéis e, pelo outro, o colapso se aproximava devido à censura e às constantes deturpações das análises econômicas oficiais que buscavam legitimar o milagre¹².

A primeira ofensiva do executivo para refrear a pressão da linha dura foi garantir as eleições parlamentares que aconteceriam no final daquele ano. O AI-1, em seu art. 7º, §1º e o art. 10º previam:

Art. 7º - Ficam suspensas, por 6 (seis) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade.

¹¹ Golbery do Couto e Silva nasceu na cidade de Rio Grande (RS) no dia 21 de agosto de 1911. Ingressou, em abril de 1927, na Escola Militar do Realengo, no Rio de Janeiro, então Distrito Federal. Saiu aspirante à oficial em 22 de novembro de 1930, sendo logo em seguida indicado para servir no 9º Regimento de Infantaria (9º RI), em Pelotas (RS). Participou ativamente da revolução de 1930. Ingressou na Escola de Estado-Maior do Exército em dezembro de 1941, concluindo o curso em agosto de 1943. Um ano mais tarde viajou aos Estados Unidos para estagiar em Fort Leavenworth, como etapa preparatória para agregar-se às unidades da Força Expedicionária Brasileira (FEB), a tenente-coronel. Em março de 1952 passou a adjunto do Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra (ESG), onde ajudaria a desenvolver as teses que futuramente seriam reconhecidas como a Doutrina de segurança nacional. Em setembro de 1961, Golbery pediu transferência para a reserva. Foi um atuante articulador Ipês, instituto de pesquisa que formulava e organizava a oposição ao governo de João Goulart que tinha como integrantes militares oriundos da ESG e empresários contrários a posição nacionalista daquele governo. Em 13 de junho de 1964, Castelo Branco criou o Serviço Nacional de Informações (SNI), nomeando-o, era uma posição estratégica. Iria atuar da mesma forma no gabinete de Geisel de forma discreta e nos bastidores. Dicionário Historiográfico-brasileiro. Disponível em: <<http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

¹² Para uma análise da propaganda superlativa no setor econômico patrocinada pelo Regime Militar ver: PEIXOTO, João Batista. **Conquistas de uma década: radiografia socioeconômica do Brasil revolucionário**. Rio de Janeiro: Nova Arte, 1975.

§ 1º - Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos.

Art. 10 - No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de 10 (dez) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.

Como em 1974 completara-se 10 anos da revolução/golpe de 64, os primeiros expurgos cassados do Ato Institucional Nº1, voltariam a ter os seus direitos políticos. Segundo setores mais radicais dos quartéis, isso poderia ameaçar os rumos da gloriosa revolução.

Geisel, em julho, sinalizara pulso firme ao ordenar ao Procurador Geral da República (PGR) que oferecesse denúncia contra o deputado do MDB Baiano Chico Pinto por insultar um chefe de estado estrangeiro. Resultado: foi o primeiro parlamentar em toda história do legislativo brasileiro a sair do congresso para o cárcere num camburão da Polícia Militar.¹³ Essa atitude, totalmente autoritária, segundo Gaspari, era uma sinalização do novo governo aos quartéis que, apesar de conceder certa liberalização no cenário político, não iria tolerar atitudes de enfrentamento ao poder político constituído.

¹³ GASPARI (A), 2003, p. 457.

O poder executivo admitia perder uma parte da maioria forjada nas eleições parlamentares de 70, não tanto pelo fato de terem alterado as regras do jogo eleitoral às vésperas do pleito¹⁴ (pois esta foi a tônica em todo o regime) mas, sobretudo, pelo período de maior opressão vivido que fez com que a oposição consentida fosse obrigada a sair do jogo eleitoral.

Já nas eleições do colégio eleitoral, que elegeu Ernesto Geisel presidente e Adalberto Pereira Santos como seu vice, o regime deu alguns sinais de arrefecer a repressão permitindo a campanha da anticandidatura dos deputados Ulisses Guimarães e Barbosa Lima Sobrinho para presidente. Ulysses sabia que a disputa no Colégio Eleitoral era um jogo de cartas marcadas, cujo placar estava previamente decidido. Mas sua pretensão era, por meio de uma campanha simbólica, percorrer o território nacional para denunciar os crimes da ditadura. Por isso, declarou-se o “anticandidato”. Na Convenção Nacional do MDB realizada no dia 23 de setembro de 1973, afirmou:

O paradoxo é o signo da presente sucessão presidencial. Na situação, o anunciado como candidato em verdade é o presidente. Não aguarda a eleição e sim a posse. Na oposição também não há candidato, pois não pode haver candidato a lugar antemão provido. [...] Não é o candidato que vai percorrer o país. É o anticandidato, para denunciar a antieleição, imposta pela anticonstituição que homizia o AI-5, submete o Legislativo e o Judiciário ao Executivo, possibilita prisões desamparadas pelo *habeas-corpus* e condenações sem defesa, profana a indevassabilidade dos lares e das empresas pela escuta clandestina, torna inaudíveis as vozes discordantes, porque ensurdece a nação pela censura à imprensa, ao rádio e à televisão, ao teatro e ao cinema.¹⁵

¹⁴ A alteração deu-se com a edição da Lei Complementar nº5 de 29/04/1970, já valendo para as eleições de novembro do mesmo ano.

¹⁵ Dicionário Historiográfico-brasileiro, Verbete: Ulisses Guimarães. Disponível em: <<http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx>>. Acesso em: 1 set. 2010.

Àquela altura, a própria oposição parlamentar do MDB sentia que havia alguma coisa diferente no tratamento político dispensado pelo executivo. Apesar de certo otimismo em função disto, nem os mais inspirados acreditavam numa possibilidade de vitória do MDB. Acenos dos exilados entre eles: Brizola e Arraes sinalizavam que a esquerda começava a acreditar e participar efetivamente do jogo eleitoral¹⁶. Ao fim do processo no Senado, como a renovação era de apenas 1/3 das cadeiras, o MDB conquistara 16 das 21 cadeiras; e na Câmara dos Deputados pulou de 87 para 203 cadeiras tendo obtido 37,8% dos votos válidos¹⁷. Após as eleições o MDB tinha conseguido uma vitória acachapante. E o presidente Geisel uma boa dor de cabeça.

2.2 UM NOVO SURTO REPRESSIVO

Ganhar eleições democráticas com um debate franco e aberto nunca, em nenhum sistema eleitoral, foi uma vocação de ditaduras militares. E no Brasil não foi diferente. Dos 17 atos institucionais editados de 64 a 69 sua grande maioria foi editada para resolver períodos de agitação eleitoral.

Os membros da Escola Superior de Guerra, ao contrário da linha dura, tinham algum compromisso com um ideário democrático, seja lá o que isso fosse. Talvez por essa razão, o compromisso inicial da ditadura com os valores da legalidade e da Constituinte de 46. Seu discurso consistia em negar a constituição da sociedade em classes, incutindo nos indivíduos valores como: fidelidade, docilidade, obediência e disciplina. Mas acreditavam que excluindo a luta de classes, a ordem democrática poderia prevalecer. Essa era a tônica do discurso formulado pelo general Golbery Couto e Silva, para muitos o ideólogo, no Brasil, da doutrina da segurança nacional, cujo documento mais representativo é o livro *Aspectos Geopolíticos no Brasil*, publicado pela Escola Superior de Guerra em 1952¹⁸.

Ao contrário da linha dura, que tinha como único objetivo a perpetuação da ordem militar contra a bagunça patrocinada pela direção

¹⁶ GASPARI (A), 2003, p. 467.

¹⁷ BRAGA, 1990, p. 123.

¹⁸ GASPARI (A), 2003, p. 128.

dos casacas¹⁹. Um ponto de intersecção que unia ambas formulações discursivas era a ojeriza ao comunismo e à subversão.

Naquele período, fins de 74, não havia mais um sopro sequer de oposição armada nas cidades. Os últimos militantes guerrilheiros estavam sendo devidamente desaparecidos²⁰ no Araguaia. Porém na vitória do MDB naquelas eleições deveria haver alguma explicação. Algum inimigo externo deveria estar agindo, contribuindo ou auxiliando a oposição consentida.

O PCB (Partido Comunista Brasileiro) foi a única agremiação de esquerda que não se envolveu com a luta armada após a edição do AI-5. Tendo uma direção de líderes experimentados em momentos de clandestinidade, talvez soubessem o que estaria por vir com a resistência armada. Seguiu a posição soviética, que desde o fim da Segunda Guerra, já não tinha ambições de promover a revolução global nos moldes de Lênin e Trotsky.

Porém, com a vitória do MDB nas eleições parlamentares daquele ano, a linha dura novamente tentou repetir o discurso formulado em 66, quando conseguiram a edição do AI-2 e a prorrogação, em definitivo, da revolução. Naquele momento, nas eleições de 65, os então candidatos apoiados pela revolução, Carlos Lacerda e Magalhães Pinto, por Guanabara e Minas Gerais, respectivamente, perderam as eleições diretas, representando o repúdio das classes urbanas àquela mudança política praticada em 64²¹. Assim, para conter os avanços da oposição esquerdista à nação brasileira foi editado o AI-2 em 27/10/1965, cuja passagem mais emblemática do seu texto estava expresso no final de seu preâmbulo:

A autolimitação que a revolução se impôs no Ato institucional, de 9 de abril de 1964 não significa, portanto, que tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesma por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento. Por isso se declarou,

¹⁹ Casacas era a qualificação pejorativa utilizada pelos círculos militares contra o poder civil deposedo na revolução de 30. (SILVA, 1988, p. 24)

²⁰ GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Cia das Letras, 2003. p. 399.

²¹ BRANCO, Carlos Castelo. **Os militares no poder**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1976. p. 328-329.

textualmente, que "os processos constitucionais não funcionaram para destituir o Governo que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País", mas se acrescentou, desde logo, que "destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo Governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do poder no exclusivo interesse do País".

A revolução está viva e não retrocede. Tem promovido reformas e vai continuar a empreendê-las, insistindo patrioticamente em seus propósitos de recuperação econômica, financeira, política e moral do Brasil. Para isto precisa de tranquilidade. Agitadores de vários matizes e elementos da situação eliminada teimam, entretanto, em se valer do fato de haver ela reduzido a curto tempo o seu período de indispensável restrição a certas garantias constitucionais, e já ameaçam e desafiam a própria ordem revolucionária, precisamente no momento em que esta, atenta aos problemas administrativos, procura colocar o povo na prática e na disciplina do exercício democrático. Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação. Não se pode desconstituir a revolução, implantada para restabelecer a paz, promover o bem-estar do povo e preservar a honra nacional.²²

Os militares da linha dura pressionaram Castelo Branco que, antes de seu falecimento prematuro, ainda editou o AI-3, estabelecendo eleições indiretas para o governo e outorgando a carta de 67 sob o argumento de que aquela carta iria conter as tendências autoritárias do seu sucessor, Costa e Silva.

Com a mesma tática, que fez com que o regime provisório Castalista se institucionalizasse, a linha dura tentou bloquear o processo

²² BRASIL. **Ato Institucional nº 2**. Disponível em: <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_3.htm>. Acesso em: 10 nov. 2010.

de descompressão proposto pelo governo Geisel com o apoio do Ministro Golbery. Com a guerrilha urbana dizimada, os porões se voltaram para os comunistas do velho PCB, com fundamento de que a vitória do MDB nas eleições parlamentares do ano anterior aconteceu por influência dos comunistas subversivos no partido de oposição consentida. Foi colocada em ação a operação RADAR que teve por objetivo perseguir os antigos membros dirigentes comunistas que, naquele momento máximo de ação política, o que faziam era editar um periódico chamado *A voz operária*, que denunciava as torturas, mentiras econômicas, desaparecimentos e desmandos do regime²³.

Essas ações, naquele período, já sinalizavam uma mudança no comportamento do regime, pois se via Golbery reunindo-se com lideranças da OAB, da igreja católica e da sociedade civil²⁴, diminuindo à censura prévia a imprensa, cuja primeira sinalização fora a liberalização do jornal *Estado de São Paulo*, de viés totalmente conservador. Outra clara mudança de postura e atitude do governo foi sua relação com o parlamento, após a vitória do MDB em 74, o governo simbolizado pela casa civil começa a sinalizar para oposição seus passos rumo à descompressão, a partir daí vê-se uma nítida mudança de atitude da oposição com o governo para que o projeto de descompressão não fosse ameaçado por um aumento da repressão dos aparelhos de segurança dirigidos pela linha dura, nesse sentido:

A oposição parece extremamente sensível à necessidade de resguardar a autoridade do presidente da república, evitando radicalizar o debate e agravar os problemas na área interna do governo. O MDB torna público seu apoio à política de distensão e demonstra seus propósitos conciliadores, ao abrir mão da criação de uma CPI sobre a situação dos presos políticos, em favor da convocação do Ministro da justiça à câmara para prestar esclarecimentos sobre o assunto. O MDB se dispõe, também, a uma aproximação do

²³ CHAVES, Marival Dias. Autópsia da Sombra, entrevista. **Revista Veja**, São Paulo. 15 nov. 1992. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/arquivo_veja/capa_18111992.shtml>. Acesso em: 22 set. 2010.

²⁴ Golbery em seu livro *Aspectos Geopolíticos do Brasil* conceituava essas instituições da sociedade civil organizada de organismos intermediários.

governo através de sua cúpula. Em decisão tomada em conjunto com o presidente Geisel, o Senador Magalhães Pinto propõe a realização de entendimentos diretos entre as direções da ARENA e do MDB “como forma de prevenir o aparecimento de questões incontornáveis e de consequências não previstas”.²⁵

Por outro lado, para acalmar os ânimos, o presidente delegou como interlocutor do governo para dialogar com a linha dura o Ministro da Justiça Armando Falcão²⁶, que reafirmava em todos os seus pronunciamentos a lealdade do governo Geisel e a vitoriosa revolução feita em 64; que o governo não abriria mão de nenhum dos instrumentos legais de combate a subversão; que os órgãos de censura, informação e repressão tinham uma função primordial ao país e que de forma alguma seriam desprezados pelo governo.²⁷

Esse jogo de continuo de sinalizações seriam a tônica do período: ora o governo tendo de ceder a linha dura como foi com o desaparecimento de militantes do PCB que nunca foram encontrados, ora com compromissos que o governo fazia com a oposição e setores da sociedade que a linha dura tratava de descumprir propositalmente. Mas o projeto de distensão passava necessariamente por retomar o debate político na sociedade brasileira. Promover a volta das liberdades civis, porém sempre sem se descuidar com os setores militares, pois qualquer

²⁵ KLEIN, Lúcia. **Brasil Pós-64: a nova ordem legal e a redefinição das bases de legitimidade.** Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.77.

²⁶ Armando Ribeiro Falcão nasceu em Fortaleza no dia 11 de novembro de 1919. Em 1937 concluiu o curso de humanidades no Instituto São Luís em Fortaleza. Em 1947 foi designado gerente e inspetor da Companhia Nacional de Álcalis, em Cabo Frio (RJ), e entre dezembro de 1948 e julho de 1949 ocupou interinamente a presidência do Instituto Nacional do Sal. Atendendo a convite do presidente Eurico Dutra, ocupou a presidência do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM) no biênio 1949-1950. Armando Falcão iniciou sua carreira política elegendo-se deputado federal pelo Ceará, na legenda do Partido Social Democrático (PSD), em outubro de 1950. Em 1966 foi eleito suplente de deputado federal e convocado a exercer o mandato. Foi ministro da Justiça durante todo governo Geisel, participando ativamente dos principais projetos de lei que visavam implementar a distensão do regime. Dicionário Histórico-gráfico-brasileiro, Verbete: Armando Falcão. Disponível em: <<http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx>>. Acesso em: 1 set. 2010.

²⁷ KLEIN, 1978, p.79.

passo mal calculado poderia significar um grande retrocesso. Por essa razão:

O fortalecimento da oposição era na realidade, um elemento-chave da política de distensão, na medida em significava trazer para a esfera política institucionalizadas correntes contrárias ao regime. A transformação do MDB em oposição de fato, atuando como representantes daquelas correntes implicaria uma definição de posições de parte a parte, e acarretaria, a médio prazo, o esvaziamento do papel dos órgãos de segurança. Ao optar por regulamentar sua relação com a oposição, o governo demonstra o seu propósito de institucionalizar o dissenso. Ao mesmo tempo, com a reincorporação das correntes oposicionistas, a oposição perderia seu caráter difuso e passaria a ser objeto de um tratamento político, e não mais uma questão de competência do aparelho policial-militar.²⁸

A partir do precedente de 10 anos do início do regime e, com a situação nos quartéis incontroláveis, com dezenas de atos de indisciplina e insubordinação, o projeto de abertura, melhor dizendo, de descompressão, do presidente Ernesto Geisel, teria de passar por um ato de força para com a linha dura, esta sendo representada no governo pelo Ministro de Guerra Silvio Frota²⁹, sucessor Vicente Paulo Dale

²⁸ KLEIN, 1979, p.80.

²⁹Filho de militar, fez seus estudos preparatórios no Colégio Pedro II, no Rio, e sentou praça em março de 1928, ingressando na Escola Militar do Realengo. Em 1955, posicionou-se contra o movimento militar liderado pelo Ministro da Guerra demissionário, Henrique Teixeira Lott, que afastou o presidente em exercício Carlos Luz para deter uma suposta conspiração, cujo objetivo seria impedir a posse do presidente eleito Juscelino Kubitschek.. Em 1960, Silvio Frota foi promovido a coronel. Por ocasião da renúncia do presidente Jânio Quadros em 25 de agosto de 1961, ficou ao lado dos ministros militares que procuraram impedir a posse do sucessor constitucional, o vice-presidente João Goulart. Promovido a general-de-divisão em março de 1969, Frota assumiu em seguida o comando da 1ª Região Militar, no Rio de Janeiro. Em fevereiro de 1972, passou a comandante do I Exército, também sediado no Rio. Em 15 de março de 1974, foi designado chefe do EME. No entanto, sua permanência naquela chefia foi breve, pois em 24 de maio, com a morte de Dale Coutinho, assumiu interinamente a pasta do Exército, sendo efetivado no cargo três dias

Coutinho que havia falecido prematuramente no exercício do cargo de ministro³⁰. A tensão nos dois anos seguintes só iria aumentar com as pretensões de Silvio à presidência da República.

2.3 O “SUICÍDIO DE VLADO”

Com a ascensão de Silvio Frota ao comando das Forças Armadas, a caça à ameaça comunista intensificou-se. O comando do II Exército aumenta, e muito, a repressão. Geisel e Golbery vêm-se em uma situação complicada.

A partir de meados 75 a perseguição aos comunistas do PCB concentra-se nos órgãos de imprensa. Um fator que contribuiu para garantir certa legitimidade dentro do circuito militar foi o desmantelamento de uma célula muito antiga do PCB que funcionava desde 46 dentro da Polícia Militar Paulista. Com a captura do tenente reformado José Ferreira de Almeida, o comando do Segundo Exército conseguiu prender cerca de 30 quadros da ativa da polícia paulista. O general Ednardo D’ávila Mello queria promover os interrogatórios na sede do DOI, o governador da ARENA Paulo Egidio Martins sob forte pressão da polícia estadual não aceitou, gerando um forte impasse com as forças de segurança. Naquela ocasião, apoiado pelo planalto, o governador prevalecera.³¹

Àquela altura, os planos de distensão do regime estavam seriamente ameaçados. A “tigrada”, expressão pejorativa utilizada pelos castelistas para nomear a *staff* que operava os desaparecimentos e as torturas nos porões da ditadura, tinha um representante dirigindo o comando do exército, lugar que, do ponto de vista político, para uma ditadura em que as sucessões se decidem a 4 paredes, era estratégico e dava todo suporte e cobertura para efetuar toda e qualquer ação sem maiores consequências. A linha dura estava à espera de um fato político para reverter à situação como já fizera outrora:

depois. Dicionário Histórico-gráfico-brasileiro, Verbete: Silvio Frota. Disponível: <<http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx>>. Acesso em 21 set. 2010.

³⁰ SKIDMORE, 1988, p.319-320.

³¹ GASPARI(B), 2003, p.160.

A crise voara para Brasília, buscando a nascente do regime. Como sempre sucedera desde 1964 a anarquia militar evitava o confronto direto com a sociedade. Preferia o emparedamento do presidente. Transformava o poder republicano em símbolo da força da indisciplina, assegurando-lhe proteção hierárquica e até mesmo legitimidade funcional. Fizera assim em 1965 com Castello, na edição do AI2, e com Costa e Silva produzindo o AI-5. Faria de novo.³²

Vladimir Herzog, em outubro de 75 encontrava-se com 38 anos, vivera dois anos na Inglaterra trabalhando na BBC de Londres e, àquela altura, na TV Cultura de São Paulo, era casado e pai de 2 filhos. Um sujeito trabalhador, pagador de impostos, com residência fixa, vivia na mais absoluta legalidade. Era comunista, todos sabiam, mas nem na mais odiosa ditadura “pensar” foi tido como crime. Ele ficou sabendo que seu nome estava numa lista de prisões e interrogatórios do DOI-CODI, porém nada fez, preferiu manter-se na legalidade. Apresentou-se espontaneamente ao comando do II Exército às 8 horas do dia 25/10/75.³³

Após 10 horas dentro das instalações do DOI do II Exército, a agência central do SNI recebeu a informação que o Sr. Vladimir Herzog suicidou-se nas dependências daquele, órgão. Ele seria o 38º suicida e 18º a enforcar-se³⁴.

Um detalhe curioso, cuidadosamente analisado por Fernando Pacheco em seu livro intitulado *Dossiê Herzog*, é que o laudo que atestava o suicídio do prisioneiro dizia, entre outras coisas, que o cidadão tinha se enforcado com a cinta do macacão do DOI, só que o uniforme do DOI não tinha cinta; teria sido enforcado na grade de uma janela sem ajuda da gravidade; e ainda morreria de macacão, mas foi levado ao IML (Instituto Médico Legal) com as roupas de sua chegada ao DOI³⁵.

³² GASPARI(B), 2003, p.187.

³³ Idem, Ibidem, p.175.

³⁴ Idem, Ibidem, p.176.

³⁵ JORDÃO, Fernando Pacheco. **Dossiê Hersog**: prisão, tortura e morte no Brasil. São Paulo: Global, 1979. p. 94-96.

Apesar de todas as evidências e da quantidade constante de suicídios praticados nas dependências do II Exército, 38 até aquele momento, a linha dura tratou a contestação pública do episódio como uma afronta ao prestígio e a tradição das Forças Armadas. Silvio Frota em seu livro póstumo afirmou:

Conhecida a notícia da morte de Herzog, agitam-se os setores de imprensa e os jornais desencadeiam violenta campanha, lançando libelos acusatórios de assassinio aos elementos do exército. Reúnem-se e mantêm-se em sessão permanentemente o sindicato dos jornalistas do estado de São Paulo e o MDB, através da comissão executiva do diretório de São Paulo, vale-se do momento para sob o pretexto de solidariedade, “aliando o seu protesto a todas as vozes que sempre se opuseram ao “arbítrio”, atirar-se contra o governo e o regime revolucionário”.

As autoridades militares foram as primeiras a tomar providências para investigar as causas do falecimento do jornalista, apurar responsabilidades e levar os criminosos, caso existissem, às barras dos tribunais. Um general, escudado num passado de dignidade e energia, estava à frente do inquérito, agindo sem procrastinações.

Por que, então, acoimar militares de frios matadores, com base em indícios inconsistentes e informações solertes, forjados com o flagrante de intranquilizar a nação?

Seremos nós capazes de infringir torturas a nossos semelhantes para obter informações?

A resposta está no nosso proceder histórico, no sentido democrático de nossa formação- que nos faz ver a força na lei e não a Lei na força – e no respeito que temos à vida e dignidade alheias.³⁶

³⁶ FROTA, Sylvio. **Ideais traídos**: a mais grave crise dos governos militares narrados por um de seus protagonistas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p. 168.

A semana após a morte do jornalista seria decisiva para o projeto de distensão de Geisel/Golbery. Na segunda feira, no dia 27/10/1975, após o “suicídio” houve uma série de intervenções no plenário do Congresso Nacional sobre o fato ocorrido, relacionando-o com uma suposta pretensão de aumento da repressão e utilização de instrumentos de repressão, o Senador Francisco Leite Chaves fez o seguinte aparte à intervenção do Senador Franco Montoro:

Ao nosso ver os homens de responsabilidade deste país, há uma coisa extremamente grave, além da gravidade à vida e à liberdade; há uma gravidade maior para o país: é colocar o exército nacional nisto. O exército é uma organização muito séria; tem que merecer o respeito do país, porque ele não pertence- como já dissemos aqui – nem a UDN, nem ao governo, nem ao MDB, mas a pátria; ele tem que ser intocável. Não se pode colocar uma corporação de tão altos desígnios num movimento de repressão desses. Veja Vossa Excelência, quando Hitler praticava crimes tão ignominiosos de repressão desses, ele não usava o exército; para tanto ele criou a SS e a vestiu de negro para não comprometer as suas corporações. Então, temos que fazer tudo para que o exército nacional se afaste de uma situação dessa natureza, para que determinados chefes não confundam os seus propósitos e desmandos com esta grande corporação nacional. De forma que está havendo, de parte do próprio povo, um receio em relação aos desígnios e ao comportamento desta corporação que tem de ser preservada, porque ela está acima de muitos desígnios. Isto é o que nos parece extremamente sério, extremamente comprometedor, inclusive para a segurança. E o senhor presidente da república, recentemente e em jornais de hoje, e em manchetes declara “este é o país da paz, do respeito, este é o país de onde não existe ódio.” Veja, Vossa Excelência, nestes últimos tempos só temos assistido ao ódio, à violência e à insegurança. De forma que estes homens, que resolveram proceder desta maneira,

assumam a responsabilidade da ditadura. Antes, era muito fácil governar-se o país, porque havia a possibilidade de crédito no exterior. Acho, hoje, muito difícil governar-se um país que está devendo além dos limites da possibilidade de pagamento. Se o desejo é apenas continuar indefinidamente no poder, que se usem outros meios; mas não este, de destruir, inopinadamente, vida de inocentes; ou, se são culpados se são culpados que as pessoas tenham o direito de ser julgadas de acordo com a lei. Muito obrigado Vossa Excelência.³⁷

A fala do Senador causou um grande constrangimento à linha dura em virtude de seu tom irônico, por um lado enaltecendo a instituição e por outro a comparando a SS de Hitler.

Aquela altura ambos os lados estavam mobilizados. Herzog foi enterrado no dia 27/10/75. Herzog era judeu, em virtude da situação de sua morte o Cardeal Don Evaristo Arns mobilizou um grande culto ecumênico para sexta-feira daquela semana.

Aquela situação era um precedente que havia acontecido não fazia muito tempo...

No dia 28 de março de 1968, os estudantes do Rio de Janeiro estavam organizando uma passeata relâmpago para protestar contra a alta do preço da comida no restaurante Calabouço, que deveria acontecer no final da tarde do mesmo dia. Por volta das dezoito horas, a Polícia Militar chegou ao local e dispersou os estudantes que estavam em frente ao complexo. Os estudantes se abrigaram dentro do restaurante e responderam à violência policial utilizando paus e pedras. Isso fez com que os policiais recuassem e a rua ficasse deserta. Quando os policiais voltaram, tiros começaram a ser disparados do Edifício da Legião Brasileira de Assistência, o que provocou pânico entre os estudantes, que fugiram.

Os policiais acreditavam que os estudantes iriam atacar a Embaixada dos Estados Unidos e acabaram por invadir o restaurante. Durante a invasão, o comandante da tropa da PM, aspirante Aloísio Raposo, atirou e matou o secundarista Edson Luís com um tiro a queima

³⁷ FROTA, 2006, p.169.

roupa no peito. Outro estudante, Benedito Frazão Dutra, chegou a ser levado ao hospital, mas também morreu.

Temendo que o PM sumisse com o corpo, os estudantes não permitiram que ele fosse levado para o Instituto Médico Legal, mas o carregaram em passeata diretamente para a Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro, onde foi velado. A necrópsia foi feita no próprio local pelos médicos Nilo Ramos de Assis e Ivan Nogueira Bastos, sob cerco da Polícia Militar e de agentes do DOPS.

No período que se estendeu do velório até a missa da Candelária, realizada em 2 de abril, foram mobilizados protestos em todo o país.

Em São Paulo, quatro mil estudantes fizeram uma manifestação na Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP). Também foram realizadas manifestações no Centro Acadêmico XI de Agosto, da Faculdade São Francisco, na Escola Politécnica da USP e na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O Rio de Janeiro parou no dia do enterro. Para expressar seu protesto, os cinemas da Cinelândia amanhecera anunciando três filmes: A noite dos Generais, À queima-roupa e Coração de Luto. Centenas de cartazes foram colados na Cinelândia com frases como "Bala mata fome?", "Os velhos no poder, os jovens no caixão" e "Mataram um estudante. E se fosse seu filho?".

Na manhã do dia 4 de abril foi realizada uma missa na Igreja da Candelária em memória de Edson. Após o término da missa, as pessoas que deixavam a igreja foram cercadas e atacadas pela cavalaria da Polícia Militar com golpes de sabre. Dezenas de pessoas ficaram feridas.

Outra missa seria realizada na noite do mesmo dia. O governo militar proibiu a realização dessa missa, mas o vigário-geral do Rio de Janeiro, D. Castro Pinto, insistiu em realizá-la. A missa foi celebrada com cerca de seiscentas pessoas.

Temendo que o mesmo massacre da manhã se repetisse, os padres pediram que ninguém saísse da igreja. Do lado de fora havia três fileiras de soldados a cavalo com os sabres desembalhados, mais atrás estava o Corpo de Fuzileiros Navais e vários agentes do DOPS.

Num ato de coragem, os clérigos saíram na frente de mãos dadas, fazendo um "corredor" da porta da igreja até a Rua Rio Branco para que todos os que estavam na igreja pudessem sair com segurança. Apesar desse ato, a cavalaria aguardou que todos saíssem e os encurralaram nas

ruas da Candelária. Novamente o saldo foi de dezenas de pessoas feridas³⁸.

Após aquela agitação, em Brasília, já se prenunciava a edição de um corpo legislativo que facilitasse as aprovações no parlamento e tornasse mais eficiente a máquina do estado no combate a subversão e a corrupção³⁹.

O ano de 1968 foi um ano de intensas movimentações estudantis em todo planeta, e no Brasil não foi diferente. Após o assassinato de Edson Luís a luta política no Brasil se acirrou ainda mais.

Em agosto o então jovem deputado Mácio Moreira Alves, fez um discurso no plenário da Câmara dos Deputados condenando a situação do país, da ditadura e da opressão, parafraseando a comédia grega Lisístrataque insuflava o biocote sexual aos maridos para por fim a do Peloponeso entre Esparta e Atenas.

Senhor presidente, senhores deputados,

Todos reconhecem ou dizem reconhecer que a maioria das Forças Armadas não compactua com a cúpula militarista que perpetra violências e mantém este país sob regime de opressão. Creio ter chegado, após os acontecimentos de Brasília, o grande momento da união pela democracia. Este é também o momento do boicote. As mães brasileiras já se manifestaram. Todas as classes sociais clamam por este repúdio à polícia. No entanto, isto não basta.

É preciso que se estabeleça, sobretudo por parte das mulheres, como já começou a se estabelecer nesta Casa, por parte das mulheres parlamentares da Arena, o boicote ao militarismo. Vem aí o 7 de setembro.

As cúpulas militaristas procuram explorar o sentimento profundo de patriotismo do povo e pedirão aos colégios que desfilem junto com os

³⁸ VENTURA, Zuenir. **1968: o ano que não terminou**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998. p.97-107.

³⁹ BRANCO, Carlos Castello. **O militares no poder vol. II: o Ato 5**. Rio de Janeiro: Ed Nova Fronteira, 1978. p. 317.

algozes dos estudantes. Seria necessário que cada pai, cada mãe, se compenetrasse de que a presença dos seus filhos nesse desfile é o auxílio aos carrascos que os espancam e os metralham nas ruas. Portanto, que cada um boicote esse desfile.

Esse boicote pode passar também, sempre falando de mulheres, às moças. Aquelas que dançam com cadetes e namoram jovens oficiais. Seria preciso fazer hoje, no Brasil, que as mulheres de 1968 repetissem as paulistas da Guerra dos Emboabas e recusassem a entrada à porta de sua casa àqueles que vilipendiam-nas.

Recusassem aceitar aqueles que silenciam e, portanto, se acumpliciam. Discordar em silêncio pouco adianta. Necessário se torna agir contra os que abusam das Forças Armadas, falando e agindo em seu nome. Creia-me senhor presidente, que é possível resolver esta farsa, esta democratura, este falso impedimento pelo boicote. Enquanto não se pronunciarem os silenciosos, todo e qualquer contato entre os civis e militares deve cessar, porque só assim conseguiremos fazer com que este país volte à democracia.

Só assim conseguiremos fazer com que os silenciosos que não compactuam com os desmandos de seus chefes, sigam o magnífico exemplo dos 14 oficiais de Crateús que tiveram a coragem e a hombridade de, publicamente, se manifestarem contra um ato ilegal e arbitrário dos seus superiores.⁴⁰

Ofender a honra do exercito, às vésperas do dia da independência, com país tomado por mobilizações populares era algo que não se podia tolerar. Os militares ficaram furiosos exigiam a todo custo uma retaliação ao deputado. Acontece que, de acordo com o art 34 da constituição o parlamentar tinha imunidade material em relação às palavras, idéias e votos:

⁴⁰ALVES, Marcio M. **Discurso no congresso em 68**. Disponível em: <<http://www.marcimoreiraalves.com/video.htm>>. Acesso em: 1 out. 2010.

Art. 34 - Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício de mandato, por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º - Desde a expedição do diploma até a inauguração da Legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

§ 2º - Se no prazo de noventa dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberar sobre o pedido de licença, será este incluído automaticamente em Ordem do Dia e nesta permanecerá durante quinze sessões ordinárias consecutivas, tendo-se como concedida a licença se, nesse prazo, não ocorrer deliberação.

§ 3º - No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que, por voto secreto, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa.

§ 4º - A incorporação, às Forças Armadas, de Deputados e Senadores, ainda que militares, mesmo em tempo de guerra, depende de licença da sua Câmara, concedida por voto secreto.

§ 5º - As prerrogativas processuais dos Senadores e Deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão se deixarem eles de atender, sem justa causa, no prazo de trinta dias, ao convite judicial.

⁴¹

O discurso do parlamentar foi proferido no plenário da Câmara, o que configuraria sua inviolabilidade de forma plena. Neste sentido para o Deputado ser processado ele precisaria ser licenciado da função da respectiva casa nos termos do art 151, § único:

⁴¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1967 com emenda nº 01 de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 nov. 2010.

Art. 151 - Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa.

Parágrafo único - Quando se tratar de titular de mandato eletivo federal, o processo dependerá de licença da respectiva Câmara, nos termos do art. 34, § 3º.

O Procurador Geral da República representou à mesa da Câmara dos Deputados no dia 10/09/68, o processo seguiu todos os trâmites legislativos, até que em 12/12/68, numa seção histórica movida por uma comoção cívica intestinal o pedido de licença do deputado Marcio Moreira Alves foi negado.⁴² Como consequência houve a edição do ato institucional número 5 e o fechamento do congresso por 2 anos ininterruptos, só retomando a atividade em 1970 para homologar a candidatura do general Médice.

Essa história, a pouco contada, parece a reprise do que estava acontecendo em fins de 75. Porém os dois lados conheciam muito bem o precedente. A linha dura queria utilizar a fala do Senador Francisco Leite Chaves como argumento legitimador para aumentar a influência política dos aparelhos de segurança e informação e inteligência, enquanto que Geisel sabia da estratégia e reagiria de forma a contrariar essas expectativas. Neste sentido Silvio Frota admitiu:

Em 1968 um deputado ousou muito menos e foi alijado do congresso. Tínhamos, então, um grande presidente revolucioário, hoje injustiçado e ingratamente esquecido, mesmo por muitos dos que partilharam de suas mesa e amizade. Era um homem de tropa, um bravo soldado, acima de tudo

⁴² BRANCO, 1978, p. 560.

um nobre amigo do exército. Sua atitude desassombrada conteve, por alguns anos, a onda reacionária, que, em 1975, encorajada pela tolerância excessiva com os que tentam demolir o regime, voltou, com maior violência, a embater na muralha das últimas resistências revolucionárias.⁴³

Tanto Frota, quanto Geisel sabiam muito bem o que aquele fato poderia desencadear. Por essa razão, o governo tratou de cuidar do episódio de forma especial. O próprio Geisel foi à São Paulo, contrariando a orientação do ministério, na semana do Culto Ecumênico em homenagem à Herzog, reuniu-se pessoalmente com o comandante do II Exército e exigiu que fosse imediatamente aberto IPM para investigar aqueles fatos. O General Ednardo D'ávila Mello, disse-lhe que General Frota não o orientou daquela maneira. Geisel insistiu desautorizando a ordem de Frota.⁴⁴

O culto acabou transcorrendo de forma tranquila. Apesar das barreiras policiais, cerca de 8.000 pessoas compareceram de forma ordeira à cerimônia. Parecia que o evento fora meticulosamente preparado. Aquela cerimônia reuniu os 3 principais segmentos da sociedade civil que àquela altura voltava a mobilizar-se ainda que timidamente: Os estudantes, os jornalistas e a igreja. Sobre este fato Gaspari noticiou:

Na praça da Sé, naquela tarde de 31/10/1975, a oposição brasileira passou a encarnar a ordem e decência. A ditadura, com sua “tigrada” e seu aparato policial, revalera-se um anacronismo que procurava na anarquia um pretexto para sua própria afirmação.⁴⁵

Em 68, o enterro foi ferozmente retaliado, O AI-5 decretado, o congressista cassado, o congresso dissolvido. Àquela altura nada disso havia acontecido. Um clima de esperança começava a surgir. À noite,

⁴³ FROTA, 2006, p.172.

⁴⁴ Idem, Ibidem, p. 195.

⁴⁵ Idem, Ibidem, p. 199.

Paulo Egydio, governador de São Paulo, deu uma festa para 1.500 pessoas e, entre eles, toda a bancada do MDB da Assembléia Legislativa. Era uma sinalização que a ação do governo teria o apoio da oposição. O culto ocorreu de forma ordeira, o AI-5 não foi utilizado e o congressista apenas foi “obrigado” a fazer uma retratação no plenário da câmara. Àquela altura o governo mostrou um sinal de força e apoio popular aos organismos de segurança.

2.4 A DEMISSÃO DO COMANDANTE DO II EXÉRCITO

O II Exército era, naquele tempo, um símbolo da revolução militar e dos aparelhos de segurança. Foi no II Exército que nasceram os aparelhos subterrâneos de repressão. A OBAN e o DOI-CODI.

A Operação Bandeirante, organização clandestina que visava combater a guerrilha urbana armada, foi montada a partir do ano de 1968, com incentivo financeiro de grande parte da comunidade empresarial paulistana.⁴⁶ Era composto de membros das Forças Armadas, das polícias civil e federal. Visava uniformizar e interligar os aparelhos de inteligência e informação⁴⁷.

Inicialmente, a principal tarefa para o recém criado aparelho de contra-subversão era a captura de Carlos Mariguella, antigo militante do PCB, que foi deputado constituinte em 46, tinha rompido com a organização e foi um dos fundadores da ALN (Aliança Libertadora Nacional), que viria a participar tempos depois do famoso sequestro do embaixador Charles Elbrick. Mariguella viria a ser surpreendido em uma emboscada e metralhado no dia 04/11/1969 e as fotos de seu cadáver foram mostradas como troféu da eficiência do regime. Em 12 de novembro daquele ano a revista veja notícia em sua capa *O terrorismo morreu com Mariguella?*⁴⁸

⁴⁶ GASPARI, Elio. *A Ditadura escancarada: as ilusões armadas*. São Paulo: Cia das Letras, 2002. p. 59-61.

⁴⁷ FROTA, 2006, p. 211.

⁴⁸ O terrorismo morreu com Mariguella? *Revista Veja*, São Paulo, 12 nov 1969. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx?edicao=1&pg=20>>. Acesso em: 1 out. 2010.

Com o bem sucedido resultado da ação da OBAN contra a ALN, o exército e governo resolveram institucionalizar o combate à subversão e conferir poder de polícia ao exército criando órgãos de inteligência no interior do exército para coordenar essas ações. Assim nasceu o DOI-CODI. Para Frota:

Aproveitando muito dos ensinamentos colhidos dos trabalhos e estrutura da OBAN presume-se isso – forma criados, em diretrizes do governo federal, os Centros de Operações de defesa Interna(CODI) e os destacamentos de informações (DOI), coordenando e hierarquizando as atividades de segurança interna.⁴⁹

Esses destacamentos serviram de modelo para todos os outros comandos do exército. Institucionalizou a quebra de hierarquia e disciplina e, em última análise, propiciou o começo do fim do regime.

Após a morte de Herzog, em fins de 75, o panorama político brasileiro estava mais aberto. A articulação política com a sociedade civil e oposição consentida avançava. O clima de maior abertura não agradava os setores de inteligência e informação. Eles viam nisso uma possibilidade concreta de perda substancial de poder e de influência. Em janeiro de 76 morreu o 38º custodiado por suicídio, sendo o 18º por enforcamento⁵⁰. Apesar de nunca ter ficado provado que aquele episódio era uma afronta ao comando de Geisel, estava à mostra a ferida que existia entre o governo e a direção do exército.

Geisel reagiu mandando exonerar o Comandante do II Exército General Ednardo D'ávila Mello⁵¹. Esse fato repercutiu bastante. No

⁴⁹ FROTA, 2006, p. 219.

⁵⁰ GASPARI(B), 2003, p. 220.

⁵¹ *Ednardo Dávila Melo* nasceu no Rio de Janeiro, então Distrito Federal, no dia 23 de agosto de 1911. Ingressou na Escola Militar do Realengo, no Rio de Janeiro, em março de 1928. Foi promovido a capitão em maio de 1937, tendo servido em unidades do Exército sediadas em diferentes regiões do país. Em 1944, integrou o Regimento Sampaio da Força Expedicionária Brasileira (FEB). Com o término do conflito, em maio de 1945, regressou ao Brasil, sendo promovido a major em setembro de 1947 e, mais tarde, em julho de 1952, a tenente-coronel. Em fevereiro de 1954 foi divulgado um documento assinado por 82 coronéis, subscrito pelo mesmo. Em 1957, foi promovido a coronel. Foi promovido a general-de-brigada em março de

parlamento as lideranças do MDB preferiram não comentar a saída do comandante, externava-se, pela primeira vez, de forma contudente a tensão dentro do circuito militar⁵². Ninguém conseguia medir as consequências possíveis daquela atitude. E ainda, para restabelecer sua autoridade, exonerou também o General Confúcio Danton de Paula Avelino, lotado no CIE, ligado ao Ministro Silvío Frota.

Após a demissão do General Ednardo D'Ávila, as relações entre Geisel e Frota deterioraram-se definitivamente. O governo, a partir de então, começou sentir as aspirações de Frota para a sucessão presidencial. Só que estava claro ao grupo de Geisel que o que ocorrera na sucessão de Castello Branco não poderia repetir-se. Assim, necessitava-se de um fato para justificar a retirada de Silvío e da linha dura da cena política da sucessão. Nesse sentido, o General Hugo de Abreu, então chefe do gabinete militar, credita à movimentação de Gobery, os comentários sobre a suposta candidatura de Frota:

Ao mesmo tempo que se desenvolviam tais acontecimentos na área parlamentar, o general Frota cometeu um erro de que lhe foi fatal. Quatro de outubro era dia de audiência do Ministro do exército com o presidente. Apesar do tenso ambiente de intrigas que estávamos vivendo naqueles dias, o General Frota mandou solicitar o cancelamento da audiência, já que não tinha assunto a tratar com o presidente...

Está claro que a intensificação das manobras em torno da candidatura de Frota, no mês de outubro de 1977, contou com a participação de Golbery e seu grupo. Tratava-se, para eles, de criar um fator

1965. Em novembro de 1973, recebeu sua quarta estrela, atingindo o posto de general-de-exército. Em janeiro de 1974, Ednardo Melo assumiu o comando do II Exército, sediado em São Paulo. Sua atuação à frente do II Exército, como a dos oficiais que o antecederam no posto, foi marcada pela preocupação constante de combate à subversão. Já no discurso de posse, afirmou que suas atenções estariam sempre “voltadas para a segurança, baseada na vigilância ativa, permanente e equilibrada, em íntima relação com as demais autoridades civis e militares”. Após demissão do 2º exército foi designado para a chefia do Departamento de Ensino e Pesquisa do Exército, em Brasília, mas preferiu não assumir o cargo, tendo solicitado transferência para a reserva, imediatamente concedida. CPDOC. Disponível em: <<http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx> Verbete Ednardo D'Ávila Mello>. Acesso em: 1 out. 2010.

⁵² GASPARI(B), 2003, p. 224.

maior, mais flagrante, que obrigasse o presidente a exonerar o Ministro Frota. Tratava-se de convencê-lo, afinal, de que o desembarço com Frota estimulava sua candidatura punha em risco a própria autoridade do governo.⁵³

Para o governo tratava-se de uma disputa no ambiente militar, onde o rompimento seria necessário, pois estavam em disputa projetos completamente diferentes. De um lado, interpretava-se o regime como algo já corroído sem direção, disciplina ou hierarquia. Que entendia que os valores defendidos pela revolução de 64 haviam sucumbido. Do outro lado, estava a linha dura, que defendia os valores da revolução e sua perpetuação de que forma fosse, não importava a nação, sim a manutenção da sagrada instituição do exército a frente das Forças Armadas. Sobre o assunto Armando Falcão, então Ministro da Justiça afirmou:

A verdade histórica é esta: o presidente e o Ministro tinham, no fundo, interpretações diferentes sobre o desenvolvimento do processo revolucionário. Geisel entendia que não se podiam esquecer as inspirações iniciais básicas da revolução de março, que eram as da preservação integral, na sua pureza histórica, das instituições democráticas, que os aventureiros da república sindicalista quiseram destruir.

Assim o presidente preconizava o pré-falado aperfeiçoamento democrático, lento, gradual e seguro, segundo projeto que conduziria, a seu ver, à plena normalização da vida política do país. Sabia-se, porém, que o Ministro do exército alimentava ideias outras. Para ele não se deviam afrouxar as amarras. O certo seria conservar, por tempo indefinido, o status quo de 1964. O desgaste das relações do presidente com o

⁵³ ABREU, Hugo de. **O outro lado do poder**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979. p. 123.

Ministro, foi tornando-se inexorável. Só podia dar no afastamento de Frota.⁵⁴

A demissão de Frota deu-se em virtude, principalmente, de suas aspirações ao Palácio do Planalto. Após sua demissão, houve um clima de tensão nas Forças Armadas. Frota inicialmente não se deu por vencido, tentou reverter à ação de Geisel convocando uma reunião extraordinária do alto comando das Forças Armadas, terminou isolado. A autoridade do presidente da república fora restabelecida.

Com saída de Frota, o apoio da oposição e da sociedade civil ao projeto de reabertura restava ao governo acelerar estas reformas, mesmo que eventualmente fosse necessário utilizar o AI-5. A abertura deveria ser feita, mas feita de acordo com as diretrizes do governo, o espaço de negociação era reduzidíssimo.

2.5 A CENSURA E A LEI FALCÃO

O capitalismo industrial tardio brasileiro trouxe ao país uma nova variável para o jogo eleitoral. A partir de fins da década de 70, com o aumento do acesso aos bens de consumo duráveis o rádio e a televisão passaram a fazer parte do cotidiano dos lares brasileiros. Isto ficou evidenciado na derrota de 74. Adorno e Horkheimer já na década de 30 do século passado profetizavam a influência da cultura de massas na sociedade pós-guerra:

A ideologia assim reduzida a um discurso vago e descompromissado nem por isso se torna mais transparente e, tampouco, mais fraca. Justamente sua vagueza, a aversão quase científica a fixar-se em qualquer coisa quando se deixe verificar, funciona como instrumento de dominação. Ela se converte na proclamação enfática e sistemática do existente. A indústria cultural tem a tendência de se transformar num conjunto de proposições

⁵⁴ FALCÃO, Armando. **Tudo a declarar**: Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 382.

protocolares e, por isso mesmo, no profeta irrefutável da ordem existente⁵⁵

O regime ia se apropriar desta nova forma de dominação com certeza e o fez tanto na dominação psicológica da população quanto na limitação dos instrumentos de comunicação no decorrer das disputas eleitorais. Com a justificativa tradicional de proteger a família e a sociedade dos conteúdos espúrios do estrangeiro a imprensa brasileira foi progressivamente vendo sua liberdade cerceada, Armando Falcão então Ministro da Justiça dizia que:

Com referência, todavia, ao que penetra escancaradamente dentro dos lares, no recesso sagrado da família -aí, não!- há que haver controle, há que haver censura. Se não houver, como defender a pureza na formação da alma da criança, como cimentar a crença nos bons princípios do espírito adolescente?⁵⁶

Sob esta justificativa o aparelho de censura foi montado. E, a partir da década de 70, ficariam famosas as tiras de versos dos *Lusíadas* de Camões nos espaços censurados no *Jornal Estado de São Paulo*, um jornal com editorial altamente conservador que também foi censurado. As edições de esquerda eram tratadas como aparelhos subversivos e o tratamento a elas dispensado era: cadeia, AI-5, Lei de Segurança Nacional, quando não desaparecimento, como foi o caso do jornal do velho PCB relatado anteriormente. A censura prévia à imprensa era feita pelo SNI e pela Polícia Federal. Porém aos poucos, com política de distensão, esta estrutura flexibiliza-se um pouco por influência do governo desde que a cobertura jornalística fosse favorável.

A lei 6339/76 ficou conhecida como Lei Falcão. Ela recebeu esse "apelido" por ter sido criada pelo então Ministro da Justiça, Armando Falcão, para evitar o debate político e garantir a vitória dos

⁵⁵ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p. 122.

⁵⁶ FALCÃO, 1989, p. 354.

parlamentares do partido Aliança Renovadora Nacional (Arena), que apoiavam a ditadura militar comandada pelo presidente Ernesto Geisel, além de tentar deter o crescimento da oposição aglutinada no partido Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que havia conseguido eleger 16 Senadores para as 21 vagas disponíveis e um grande número de vereadores nas eleições municipais de 1974.

A Lei Falcão deu nova redação ao artigo 250 do Código Eleitoral, estabelecendo quatro incisos ao parágrafo 1º do dispositivo que era assim relacionado:

§ 1º Nas eleições de âmbito municipal, as emissoras reservarão, nos 30 (trinta) dias anteriores à antevéspera do pleito, uma hora diária, sendo trinta minutos à noite entre vinte e vinte e três horas, para a propaganda gratuita, respeitada as seguintes normas:

I - na propaganda, os partidos limitar-se-ão a mencionar a legenda, o currículo e o número do registro dos candidatos na Justiça Eleitoral, bem como a divulgar, pela televisão, suas fotografias, podendo, ainda, anunciar o horário local dos comícios;

II - o horário da propaganda será dividido em períodos de cinco minutos e previamente anunciado;

III - a propaganda dos candidatos às eleições em um município só poderá ser feita pelas emissoras de rádio e televisão, cuja outorga tenha sido concedida para esse mesmo município, vedada a retransmissão em rede;

IV - o horário de propaganda destinado a cada partido será distribuído em partes iguais, entre as suas sublegendas.⁵⁷

Era uma forma de restringir a divulgação de propostas e de dificultar o trabalho do MDB de denunciar os abusos e violações de direitos humanos dentro das eleições. Nos debates para a aprovação da

⁵⁷ BRASIL. **Código Eleitoral**. Art. 250 com as alterações da Lei 6339/76.

lei o deputado Lázaro Barbosa do MDB de Goiás sintetizou o objetivo daquela reforma:

Começarei dizendo que esta é uma sessão histórica do Congresso Nacional, e que para a tristeza de todos os democratas que anseiam pelo aperfeiçoamento de nossas instituições políticas, essa sessão histórica tem o travo do fel porque, ao seu término depois de proclamado o resultado final da votação que se verificará, ter-se-á dado ao Brasil uma nova lei que, ao invés de consagrar um avanço na nossa vida política rumo à democracia, pois será a vitória da intolerância, do silêncio e da desinformação.

Essa será uma antilei, como disse senhor Ulisses Guimarães, a consagrar o silêncio como norma das campanhas político-eleitorais, onde, sem dúvida, por maiores que sejam os esforços dos candidatos, não conseguirão jamais atingir com suas plataformas e suas mensagens, pelo menos cerca de 80% dos habitantes das grandes metrópoles e que serão condenados a escolher seus candidatos, não pela mensagem, não pela capacidade, não pela cultura e boa formação política, não pelas suas convicções, mas pelas fotografias inertes projetadas numa tela, matando a saudade de nossos avôs que se deliciavam com o cinema mudo.

Mas nem o sabor do cinema mudo será experimentado, pois que naquele tempo em que o cinema não tinha voz, era seus atores pelo menos ricos em gestos, ao passo que a norma a ser consagrada na nova lei, será a da figura estática do candidato marcado por um número a identificá-lo melhor, pois a mais fácil gravá-lo na mente, um número que um nome. Será a consagração do voto nulo e em branco, e conseqüentemente dos candidatos eleitos pela super minoria, já que é mais honesto e mais decente abster-se de votar ou votar em branco, do que arriscar meros palpites da fotografia do candidato, com uma dose maior de

possibilidade de erro do que se jogasse na loteria esportiva.⁵⁸

O objetivo daquele instrumento era preparar a abertura planejada pelo governo Geisel. O próprio Ministro Armando Falcão, autor da reforma viria anos mais tarde afirmar:

Um dos fatores mais decisivos para triunfar nos pleitos eleitorais sempre esteve na força do rádio e da televisão. Assim acontecendo, pensei na hipótese de uma legislação que não suprimindo a presença dos candidatos opositores na disputa das urnas, reduzisse o impacto dos instrumentos de propaganda utilizados. Fortaleceu-se aí a ideia, que não era nova, de introduzir o sistema do retrato e do currículo de cada um, exclusivamente, mas todos tendo o direito de aparecer e mostrar-se ao eleitorado. Os programas eram rigorosamente gratuitos, supervisionados pela justiça eleitoral, e a lei era geral: não discriminava, não favorecia nem desfavorecia, tratava igualmente os candidatos tanto de oposição quanto da situação.⁵⁹

A igualdade de tratamento que o antigo Ministro falava, contudo, não se referia à exposição na mídia censurada dos quadros do governo e a mínima cobertura dos atos políticos da oposição. O próximo instrumento que o regime utilizou foi o Pacote de Abril, editado em 77, o governo utiliza-se do arsenal do AI-5, instrumento de exceção por excelência, para forjar uma maioria parlamentar para o sucessor de Geisel, João Batista Figueiredo⁶⁰, dar continuidade ao processo de descompressão do regime.

⁵⁸ BRASIL. *Diário do Congresso Nacional de 24 jun 1976*. p. 2122.

⁵⁹ FALCÃO, 1989, p. 357.

⁶⁰ João Batista de Oliveira Figueiredo nasceu no Rio de Janeiro, então Distrito Federal, em 15 de janeiro de 1918. Ingressou em 1923 no Colégio Santa Teresa, onde fez os primeiros estudos. Em fins de 1928 obteve o primeiro lugar no concurso para o Colégio Militar de Porto Alegre, que começou a cursar no ano seguinte. Oficial legalista, Euclides foi preso em

2.6 O PACOTE DE ABRIL

Após as eleições gerais de 74 e das eleições estaduais em 76 consolidou-se o entendimento de que o regime tinha perdido a legitimidade e o apoio popular conseguido no começo da década de 70 com o milagre econômico. As eleições de 76 alçaram o MDB como o principal partido do país. Ele conquistou 59 das 71 maiores cidades do país dobrando o resultado obtido em 72 quando havia⁶¹ conseguido apenas 29.

Para implementar a distensão planejada o governo necessitava de um congresso leal e fiel, porém com a crise do petróleo e as denúncias de violações de direitos humanos crescentes, este ideal seria muito difícil de se consolidar pela via legítima.

No começo de 77 o governo enviara ao congresso uma PEC com o objetivo de reformar a estrutura do poder judiciário. Estrutura dos cartórios, Ministério Público, duração da validade dos concursos públicos era seu principal objeto. Não havia nenhum conteúdo político crítico no projeto. O quórum para aprovação do projeto de emenda à constituição era de 2/3. A oposição tinha quórum para obstruir a votação, que o fez como instrumento para negociar a revogação do AI-5⁶² ou do decreto-lei 477.^{63 64}

3 de outubro de 1930, data de eclosão da revolução que derrubou Washington Luís e levou à formação do Governo Provisório chefiado por Getúlio Vargas. Ingressou na Escola Militar do Realengo, no Rio, em abril de 1935. Em novembro, apresentou-se às autoridades militares para combater a Revolta Comunista. Com a posse do general Castelo Branco na presidência da República, começou uma profunda reestruturação nos órgãos de segurança, que conduziu à criação, em 13 de junho de 1964, do Serviço Nacional de Informações (SNI) no qual serviu junto com o General Golbery Couto e Silva. Com a posse do General Ernesto Geisel na presidência em 15 de março de 1974, Figueiredo substituiu o general Carlos Alberto da Fontoura na chefia do SNI. Após receber a quarta estrela de general saiu indicado pelo presidente Ernesto Geisel a sucessão e toma posse no ano de 78. CPDOC. Verbete: João Batista Figueiredo. Disponível em: <<http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

⁶¹ SILVA, Hélio. **O poder militar**. Porto Alegre: LPM, 1984. p. 500.

⁶² Editado em dezembro de 1968, após o processo negado de licença do deputado Márcio Moreira Alves.

⁶³ Definia infrações disciplinares praticadas por professores, alunos, funcionários ou empregados de estabelecimentos de ensino público ou particulares, ferindo assim a autonomia e organização universitária.

⁶⁴ FROTA, 2006, p. 345.

Aquela atitude da oposição fez com que Geisel, no jantar de comemoração ao 13º aniversário da revolução, dissesse que com o quórum qualificado para aprovação de emendas constitucionais o país estava passando por uma ditadura da minoria, e aquilo não podia continuar a acontecer, se necessário utilizaria os instrumentos “legais revolucionários”.

O governo utilizou aquele fato como precedente para utilizar os instrumentos do AI-5 e, no bojo da reforma do judiciário, implementar as reformas institucionais que garantissem ao governo amplo apoio do parlamento.

A reforma do judiciário foi rejeitada em 2 turnos nos dias 29 e 30 de março de 1977. Aquela atitude fez com que Geisel convocasse para o dia 1º de abril uma reunião extraordinária do conselho de segurança nacional que deliberou sobre a questão, pugnando pela decretação de um recesso provisório do Congresso Nacional e pela formação de uma comissão que iria formatar as reformas composta pelo Ministro da Justiça, Armando Falcão, pelo chefe da Casa Civil, Golbery Couto e Silva, pelo presidente do Senado, Petrônio Portela, pelo Presidente da Câmara Marco Maciel e pelo presidente da ARENA, deputado Francelino Pereira.

No mesmo dia foi editado o ato complementar 102, que decretava o recesso do Congresso Nacional com base nos instrumentos do AI-5 que versava em seu art. 1º:

Art. 1º No termos do artigo 2º e seus parágrafos do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, fica decretado o recesso do Congresso Nacional.

A edição da *Revista Veja*, nº 448 de 06/04/1977, em sua reportagem de capa relatava os bastidores do episódio da reforma do judiciário e a síntese do discurso de Geisel à nação: *Editaremos a reforma do poder judiciário e aproveitaremos a oportunidade para, dentro dos limites necessários, promover outras reformas de ordem político-institucional.*⁶⁵

⁶⁵ Os riscos do recesso. **Revista Veja**, São Paulo, 6 abr. 1977. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 1 out. 2010. p. 20.

Após decretação do recesso pelo ato complementar 102/77 a comissão instituída reuniu-se do dia 2 ao dia 12 de abril concluindo o trabalho com o texto de 2 emendas constitucionais: a nº 7 e nº 8. A emenda nº7, que por questões didáticas não será aqui enfrentada, tratava da reforma do aparelho judiciário; e a emenda nº8 alterava o quadro político eleitoral; ainda havia os decretos-lei 1.541/77, e o 1.542/77.

2.6.1 A Emenda Constitucional nº 8

A Emenda Constitucional nº8 tinha o claro objetivo de forjar uma maioria parlamentar para legitimar o processo de descompressão imposto pela ala Castelista. A emenda alterava os seguintes dispositivos do texto já outorgado de 1967/9: Art. 13, §2º; art. 39, §2º; art. 41, §1º e §2º; art. 75, §3º; art. 77, §1º; e ainda incluía no texto os artigos 208, 209, e 210.

O art. 13, §2º alterava a forma de eleição dos governadores que agora passaria a ser indireta mediante eleição feita por um colégio eleitoral composto pela assembléia legislativa da respectiva unidade da federação somada aos delegados eleitos pelas câmaras municipais de acordo com uma determinada proporção nos termos da alínea “b” do mesmo dispositivo.

§ 2º A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, far-se-á pelo sufrágio de um colégio eleitoral, em sessão pública e mediante votação nominal, obedecidas as seguintes normas:

a) o colégio eleitoral compor-se-á dos membros da respectiva Assembleia Legislativa e de delegados das Câmaras Municipais do respectivo Estado;

b) cada Câmara indicará, dentre seus membros, um delegado e mais um por duzentos mil habitantes do município, não podendo nenhuma representação ter menos de dois delegados, admitindo-se o voto cumulativo;

c) o colégio eleitoral reunir-se-á na sede da respectiva Assembléia Legislativa, a 1º de

setembro do ano anterior àquele em que findar o mandato do governador;

d) será considerado eleito Governador, o candidato que, registrado por partido político, obtiver maioria absoluta de votos;

e) se nenhum candidato obtiver maioria absoluta na primeira votação, esta será repetida e a eleição dar-se-á, na terceira votação, por maioria simples;

f) o candidato a Vice-Governador considerar-se-á eleito em virtude da eleição do candidato a Governador com ele registrado;

g) a composição e o funcionamento do colégio eleitoral serão regulados em lei.⁶⁶

A alteração deste dispositivo possibilitou ao governo de ter controle político das principais unidades da federação num momento de crescimento político do MDB no cenário eleitoral e, desta forma, estes governadores também contribuirão para influenciar as decisões das bancadas estaduais no Congresso Nacional.

A alteração do art. 39, §2º fez com que o critério adotado auferir o número de representantes na câmara por estado deixasse de ser proporcional ao de eleitores inscritos para o da população geral além de estabelecer número mínimo e máximo de deputados de cada estado.

§ 2º Obedecido o limite máximo previsto neste artigo, o número de deputados, por Estado, será estabelecido pela Justiça Eleitoral, para cada legislatura, proporcionalmente à população, com o reajuste necessário para que nenhum Estado tenha mais de cinquenta e cinco ou menos de seis deputados.

§ 3º Excetuado o de Fernando de Noronha, cada Território será representado, na Câmara por dois deputados.

⁶⁶ BRASIL Constituição Federal de 1967 com Emenda Constitucional nº01 de 1969.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_ anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 9 nov. 2010.

§ 4º No cálculo das proporções em relação à população, não se computará a do Distrito Federal nem a dos Territórios.⁶⁷

Esta alteração possibilitou que a ARENA aumentasse sua bancada parlamentar para a legislatura seguinte, haja vista, que o partido do governo tinha maior inserção no norte e nordeste do país, estados com um eleitorado menor do que os do centro do país e ainda dominados politicamente pelo partido do governo.

A alteração feita no art. 41 introduziu no país a figura conhecida no linguajar popular do Senador biônico que era eleito pelo sufrágio indireto do mesmo colégio eleitoral que indicava o governador nos estados nos termos do art. 13, §2º já analisado anteriormente:

§ 1º Cada Estado elegerá três Senadores com mandato de oito anos, renovando-se a representação, de quatro em quatro, alternadamente por um e por dois terços.

§ 2º Na renovação do terço e, para o preenchimento de uma das vagas, na renovação por dois terços, a eleição far-se-á pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário. O preenchimento da outra vaga na renovação por dois terços, far-se-á mediante eleição, pelo sufrágio do colégio eleitoral constituído, nos termos do § 2º do artigo 13, para a eleição do Governador de Estado, conforme disposto em lei.⁶⁸

Este dispositivo alterou a correlação política no Senado garantindo assim maioria para as eleições no colégio eleitoral do sucessor de Ernesto Geisel, João Batista Figueiredo. O grupo palaciano

⁶⁷ BRASIL Constituição Federal de 1967 com Emenda Constitucional nº01 de 1969.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 9 nov. 2010.

⁶⁸ Idem, Ibidem.

que formulou essas emendas baseou-se no resultado catastrófico das eleições para o Senado no ano de 1974.

A alteração unilateral do art. 48, que retirou o quórum qualificado de 2/3 com votação em duas sessões para a maioria absoluta, tinha o objetivo restringir a atuação da oposição no parlamento pela via da obstrução dos trabalhos, já que a ARENA não possuía quórum para a aprovação de emenda.

Art. 48. Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, em duas sessões, dentro de noventa dias a contar de seu recebimento, e havida por aprovada quanto obtiver, em ambas as sessões, maioria absoluta dos votos do total de membros do Congresso Nacional.⁶⁹

Para o governo aprovar alguma alteração constitucional teria de negociar com a oposição. Como debate e negociação nunca foram aptidão de nenhum governo imposto, era mais prático dissolver o congresso e aprovar unilateralmente as reformas que lhe eram conveniente, mesmo com o aceno constante da oposição de apoio a tese da descompressão de Geisel. A rejeição do projeto de reforma do Judiciário seria apenas um precedente para dar lastro político à atitude arbitrária.

O art. 75, §3º alterou o mandato presidencial de 5 para seis anos. O texto do art. 208 completou este dispositivo tecendo que a extensão do mandato presidencial seria apenas a partir de março de 79.

§ 3º O mandato do Presidente da República é de seis anos.

⁶⁹ BRASIL **Constituição Federal de 1967 com Emenda Constitucional nº01 de 1969.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente/1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 9 nov. 2010.

Art. 210. Os mandatos do Presidente e do Vice-Presidente da República eleitos a 15 de janeiro de 1974 terminarão a 15 de março de 1979.⁷⁰

Aquela extensão do mandato daria tempo ao futuro governo aprofundar a abertura política, pois, pelas expectativas do núcleo central do governo com outorga do Pacote de Abril, a sucessão presidencial e governabilidade parlamentar estavam garantidas, mesmo que por um parlamento forjado.

2.6.2 O decreto-lei 1.541/77

Este dispositivo inovava o ordenamento jurídico trazendo o instituto das sublegendas. Essas sublegendas funcionavam para as eleições de prefeitos e Senadores. Cada partido, nas eleições majoritárias, podia ter 3 candidaturas, que somavam votos ao partido para a legenda maior do partido. Nas eleições para prefeito se elegia o partido com maior votação e os candidatos da sublegenda com maior votação, já nas eleições para Senador os candidatos das sublegendas perdedores eram diplomados como suplentes dos vencedores.

Art. 1º Os partidos políticos poderão instituir até 03 sublegendas nas eleições diretas para Senador e prefeito.

Parágrafo único. Sublegendas são listas autônomas de candidatos concorrendo a um mesmo cargo em eleição, dentro do partido político a que são filiados.

Art. 2º Os votos do partido serão a soma dos votos atribuídos aos candidatos das sublegendas.

§1º Considerar-se-á eleito o mais votado entre eles.⁷¹

⁷⁰ BRASIL Constituição Federal de 1967 com Emenda Constitucional nº01 de 1969.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 9 nov. 2010.

Segundo Silvio Frota: “A criação da sublegenda possibilitou a ARENA a manutenção dentro do partido de grupos divergentes na política local, garantindo assim a maioria de representantes do partido nos colégios eleitorais”.⁷²

2.6.3 O decreto-lei 1542/77

Este decreto foi feito com o objetivo de possibilitar a sucessão da presidência ao Chefe do SNI, João Batista Figueiredo. Todos os presidentes militares que ascenderam desde Castelo Branco tinham uma característica em comum. Eram Oficiais Gerais com 4 estrelas, a patente de maior hierarquia da carreira militar.

Este fato possibilitou que Orlando Geisel, irmão do presidente então Ministro do Exército do governo Médici, se colocasse contra o nome do então General Affonso Albuquerque de Lima, membro da chamada linha dura e, com apoio dos quartéis e das baixas patentes, à sucessão de Médici. Pois o General ainda não tinha conferido a 4ª estrela e, para as Forças Armadas, um presidente da república comandante chefe da nação não podia ter patente inferior aos seus subordinados em função do princípio militar da hierarquia e da disciplina.⁷³

Ernesto Geisel sabia bem que este mesmo argumento seria utilizado se o seu indicado fosse João Batista Figueiredo. Àquela altura ele tinha consciência das aspirações da linha dura e do General Silvio Frota à sucessão que, inclusive já conquistara uma bancada de apoio de mais de 40 deputados no Congresso Nacional.

João Batista Figueiredo ainda não ostentava a 4ª estrela, só preencheria os requisitos no fim de março daquele ano. A lei complementar nº5, de 1970, previa prazo de 6 meses de prazo mínimo de desincompatibilização de funções públicas para que determinados agentes se tornassem elegíveis.

⁷¹ BRASIL. **Decreto-Lei 1.541/77**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/_quadro.htm>. Acesso em: 9 nov. 2010.

⁷² FROTA, 2006, p. 357.

⁷³ GASPARI(A), 2003, p.186.

- Art. 1º - São inelegíveis:
 II - para Presidente ou Vice-Presidente da República: [...]
 b) até 6 (seis) meses depois de afastados definitivamente de suas funções
 1 - os Ministros de Estado; [...]
 3- o Chefe do Serviço Nacional de Informações;⁷⁴

Entre esses agentes estava o cargo de Chefe do SNI, função desenvolvida pelo General João Batista Figueiredo. O objetivo do decreto foi de diminuir para 3 meses o prazo de desincompatibilização, para que o General Figueiredo fosse agraciado com a 4ª estrela e ostentasse os pressupostos de elegibilidade para eleição no colégio eleitoral em outubro daquele ano⁷⁵.

Como além do chefe do SNI o prazo de desincompatibilização foi reduzido também para os ministros de Estado, este fato naquele momento não teve tanta repercussão quanto o restante do Pacote de Abril. A candidatura de Figueiredo só viria tornar-se pública um ano depois⁷⁶.

Após o retorno do recesso de abril, a situação no parlamento ficara difícil perante a opinião pública. O governo providenciou, assim, um resgate da “dignidade do parlamento” e, um furo de reportagem para imprensa escrita e televisiva. Com o quórum para aprovação de emenda constitucional reduzido para maioria absoluta, o governo liberou a bancada da ARENA e submeteu ao parlamento a votação o projeto da Emenda Constitucional nº9 com o seguinte texto:

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.
 § 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia

⁷⁴ BRASIL. **Lei Complementar nº 05/70**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LCP/Lcp05.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

⁷⁵ FROTA, 2006, p. 358.

⁷⁶ GASPARI(A), 2003, p.190.

separação judicial por mais de três anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9. de 1977)⁷⁷

Até o ano de 1977, figurava ainda no Brasil a idéia do casamento indissolúvel, do pátrio poder e da relação conjugal hipossuficiente. Para a igreja isso sempre foi um grande tabu. Para os movimentos sociais e feministas uma bandeira de luta. Geisel, como luterano, nunca se opôs ao divórcio, àquela altura a aprovação de uma emenda, acabando com a indissolubilidade do casamento teria uma dupla função: Propiciar a opinião pública nacional e internacional um avanço nas liberdades civis, ofuscando assim o ato autoritário do Pacote de Abril e, ainda atacar os brios da igreja católica, que naquele momento era um dos pilares da oposição à ditadura encabeçada por Don Evaristo Arns.

Com a edição do Pacote de Abril e com a demissão de Silvío Frota o Governo Geisel conseguiu estabelecer bases para a sucessão presidencial, e uma composição parlamentar amplamente favorável aos interesses militares.

Apesar da luta pela redemocratização e pela anistia ampla, geral e irrestrita naquele período ter sido uma prerrogativa disputada com uma ampla mobilização da sociedade em prol das liberdades civis e dos direitos humanos⁷⁸, o que se viu naquele período foi a utilização do movimento social e do parlamento para contrapor os interesses contraditórios palacianos, do que qualquer tipo de negociação ou composição para uma transição negociada ou acordada, como tanto se tem propalado.

Após a edição do Pacote de Abril restou-se comprovada à tática do governo nas eleições de 78, o governo conseguiu recompor sua maioria parlamentar o colégio eleitoral elegeu João Batista Figueiredo o novo presidente. Durante aquele ano o processo de descompressão unilateral continuou a acentuar-se, embora sem desprestigiar os instrumentos de exceção, como no caso da cassação do deputado Alencar Furtado com base no AI-5.

⁷⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1967 com Emenda Constitucional nº 01 de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 19 nov. 2010.

⁷⁸ MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**. A anistia e suas consequências: um estudo do caso Brasileiro. São Paulo: Fapesp, 2006. p. 33.

Em outubro de 78 o governo envia ao congresso a proposta de emenda à constituição nº11, que entre outras coisas: restabelece as imunidades parlamentares no que tange a votos, palavras e opiniões; impede alteração da constituição na vigência de estado de emergência e de sítio (art. 1º); restabelece os direitos e garantias individuais, como a vedação de penas cruéis e a garantia do *habeas corpus*; e, principalmente, revoga expressamente todos os 17 atos institucionais editados de 64 até 78 (art. 3º). A emenda entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1979.

Já no fim do mandato o governo aprova uma nova Lei de Segurança Nacional (6620/78), atenuando as penas do antigo decreto-lei 898/69 e retirando do ordenamento as penas de morte, banimento e perpetua que o antigo diploma ostentava⁷⁹.

2.7 A APROVAÇÃO DA LEI 6683/79

Anistia consiste no ato de clemência soberana, por meio do qual são esquecidos os atos do agente. Tem previsão legal com o objetivo de promover o arquivamento dos processos pendentes, suspender a execução da pena e ainda eliminar seus efeitos.⁸⁰

A lei 6683 foi a 48ª emanação do instituto na vida política brasileira desde a independência, portanto, não representou sobremaneira algo novo. Os principais fatos que marcaram a construção do Estado brasileiro tiveram como consequência uma lei anistiando agentes que participaram dos levantes. Para efeito ilustrativo é apresentada são apresentadas, na Tabela 1, as principais anistias concedidas pelo Estado brasileiro desde sua formação:

⁷⁹ BARROS, Marco Antonio de. **A Lei de Segurança Nacional e a Legislação Penal Militar**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/4714cb.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

⁸⁰ BULLOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 210-211.

Tabela 1 – Anistias concedidas pelo Estado brasileiro

FATO	ALCANCE	CONSEQUENCIAS
Independência do Brasil(1822)	Ampla e Geral	Irrestrita
Confederação do Equador (1825)	Limitada. Não alcançou Frei Caneca e outros líderes da revolta.	Restrita, pois os principais acusados tiveram que cumprir suas penas.
Abdicação de D. Pedro I (1831)	Ampla e Geral	Irrestrita
Guerra dos Farrapos (1836)	Limitada. Beneficiou apenas ex-revoltosos que juraram fidelidade ao Imperador.	Irrestrita
Rebelião de Padre Feijó (1844)	Parcial. Beneficiou apenas os revoltosos de São Paulo e Minas.	Irrestrita
Questão religiosa (1875)	Parcial. Beneficiou apenas 2 bispos.	Irrestrita
Revolta Armada (1895)	Parcial. Beneficiou apenas os militares da marinha que se rebelaram contra Floriano Peixoto.	Restrita. Houve uma comissão para julgar caso a caso.
Revolução de 1930	Ampla e Geral	Irrestrita
Movimento constitucionalista (1932)	Limitada no início, mas ampliada posteriormente.	Restrita no início. Posteriormente tornada irrestrita.
Queda do estado Novo (1945)	Ampla e Geral	Restrita. Os militares revoltosos se submeteram a uma comissão para avaliá-los.
Revolta de Jacareanga (1956)	Parcial. Só beneficiou os militares do levante contra Juscelino Kubitschek.	Irrestrita

Fonte: Adaptada da *Revista Veja*, Ed. 564, de 27 jun. 1979.

Desde fins de 68, projetos de Leis de Anistia eram encaminhados dentro do congresso. Durante o período do Regime Militar pelo menos 14 projetos de lei visando anistiar proscritos do regime tramitaram no Congresso Nacional⁸¹, todos devidamente arquivados.

Com a posse de João Batista Figueiredo a continuidade da descompressão era prioridade da agenda do governo. Logo após a posse o presidente afirmou “essa medida eu posso tomar sozinho, não dependo de ninguém e por isso começarei por ela”.⁸²

Após a promulgação da Emenda Constitucional nº11, o tema da anistia entra de vez no noticiário dos rádios e TV. Com o retorno formal das liberdades civis e o arrefecimento da repressão dos aparelhos de segurança, surge um forte de clima de apoio e legitimidade popular ao tema. Greves no ABC, passeatas estudantis e a refundação da UNE são episódios marcantes do momento.

O movimento social se aglutina em torno da bandeira da anistia. Foram criados comitês pró-anistia nos 4 cantos do país. Em 75 foi criado o movimento feminino pela anistia. Entidade composta principalmente por esposas de militares cassados, cuja fundadora foi Terezinha Zerbini⁸³. O movimento estudantil lança em 77 os “Dias nacionais de protesto e lutas pela anistia”, neste momento a luta pela anistia e contra o Pacote de Abril fundem-se ao debate da reconstrução da UNE.⁸⁴

Aos poucos outros segmentos da sociedade incorporam-se de vez a luta pela anistia. Os segmentos mais progressistas da igreja, que já

⁸¹ PL 1470/68 de Nysia Carone MDB-RJ; PL 1479/68 de Afonso Celso MDB-RJ; PL 1427/68, PL 1480/68 de Maurilio Ferreira Lima MDB-PE; PL 46/67 de Gastone Righi MDB-SP; PL 82/67 de Jamil Amiden MDB-GB; PL 1560/68 de Márcio Moreira Alves MDB-GB; PL 08/71, PL 4945/78 de JG de Araújo Jorge MDB-RJ, PL 583/72 de Jerônimo Santana MDB-RO; PL 2360/74, PL 402/77 de Florim Coutinho MDB-GB; PL 766/75 de João Menezes MDB-PA; PL 3874/77 de Olivir Gabardo MDB-PR; PL 5140/78 de Rui Brito MDB/SP; PL 301 de 78 de Orestes Quércia MDB-SP; Sobre a tramitação da Lei de Anistia no congresso ver: CÂMARA DA SILVA, Sandro Everton. **Anistia política: conflito e conciliação no Congresso Nacional (1964-1979)**. Dissertação (Mestrado em História Política). Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

⁸² A anistia de 79. **Revista Veja**, São Paulo, 27 jun. 1979. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

⁸³ MAZARROBA, 2003, p.16.

⁸⁴ MÜLLER, Angélica. **A resistência do movimento estudantil brasileiro contra o regime ditatorial e o retorno da UNE à cena pública (1969-1979)**. Tese (Doutorado em História Social), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.183.

atuavam na denúncia das violações de Direitos Humanos do regime, também aderem à luta. A ABI e a OAB também, por meio, de seu presidente Raimundo Faoro. Militares cassados, como o ex-ministro do STM Pery Bevilacqua, pronunciam-se publicamente⁸⁵ a favor do perdão.

Em junho daquele ano o governo, sinalizando a prioridade da iniciativa destaca dois dos principais ministros para articular e desenvolver a proposta Golbery Couto e Silva, da Casa Civil e Petrônio Portela, Ministro da Justiça.⁸⁶ O projeto de lei apresentado pelo governo era restrito, excluía crimes comuns conexos aos militares, incluía o trancamento das ações penais em curso com base na antiga Lei de Segurança Nacional (DL 898/69), além de que servidores demitidos ou aposentados com base em Atos institucionais seriam reintegrados e o tempo fora do serviço seria computado para efeito de aposentadoria.⁸⁷

As leis de Anistia em geral têm 3 dimensões: quanto ao alcance, quanto aos sujeitos, quanto às consequências jurídicas da anistia.

Quanto ao alcance a anistia divide-se em geral ou parcial. Será geral quando a lei conceder perdão a todas as condutas tipificadas como crime que houver relação com o episódio político do qual se quer perdoar; será parcial quando apenas algumas condutas forem perdoadas.

Quanto aos sujeitos da anistia, a lei será ampla ou limitada. A Lei será ampla quando anistiar todos agentes envolvidos indistintamente, será limitada quando forem excluídos agentes envolvidos.

Quanto às consequências jurídicas da anistia, a lei pode ser restrita ou irrestrita. A lei é restrita quando não devolve completamente *o status quo ante* ao anistiado operando efeitos apenas *ex nunc*, será irrestrita quando devolver ou compensar o anistiado de forma a reparar o mal operado.

Nesse sentido, o projeto de Lei que o governo enviou ao congresso foi classificado como uma anistia parcial, limitada e restrita. Foi considerada à época uma atitude mesquinha do governo, inclusive

⁸⁵ MEZZAROBA, 2003, p.19.

⁸⁶ CÂMARA DA SILVA, 2007, p. 98.

⁸⁷ A anistia de 79. **Revista Veja**, São Paulo, 27 jun. 1979. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

porque muitos dos estavam à frente do governo outrora foram anistiados⁸⁸ durante a Revolução de 30 e o Estado Novo, por exemplo.

Por essa razão houve uma grande mobilização nacional em torno do tema. No período da tramitação, além de manifestações de rua, houve uma greve de fome coletiva em muitos dos presídios em que estavam encarcerados presos políticos.

A comissão mista, para analisar o projeto foi instalada no dia 02/08/1979. Teve a seguinte composição: Senadores Aloysio Chaves (ARENA-PA), Dinarte Mariz (ARENA-RN), Bernardino Viana (ARENA-PI), Helvídio Nunes (ARENA-PI), Jorge Kalume (ARENA-AC), Moacyr Dalla (ARENA-ES), Murilo Badaró (ARENA-MG), Pedro Simon (MDB-RS), Nelson Carneiro (MDB-RJ), Itamar Franco (MDB-MG) e Teotônio Vilela (MDB-AL), com o último assumindo a presidência pelo Senado.

Na Câmara, a comissão teve a seguinte representação: João Linhares (ARENA-SC), Ibrahim Abi-Ackel (ARENA-MG), Francisco Benjamim (ARENA-BA), Luiz Rocha (ARENA-MA), Leorne Belém (ARENA-CE), Tarcísio Delgado (MDB-MG), Benjamim Farah (MDB-RJ), Roberto Freire (MDB-PE), Del Bosco Amaral (MDB-SP) e João Gilberto (MDB-MG). No dia 7 de agosto os Senadores Moacyr Dalla e Helvídio Nunes foram substituídos por Aderbal Jurema (ARENA-PE) e Jutahy Magalhães (ARENA-BA) e Ernani Sátyro (ARENA-PB), a quem coube a relatoria do projeto.⁸⁹

Em momento algum do processo de tramitação do projeto de Lei nº14, que tratava da matéria, foi feito qualquer tipo de negociação, concessão por parte do governo. Nas mais de 9 horas de longos debates, “[...] lembrando a sessão que negou a licença de Márcio Moreira Alves”⁹⁰, num ambiente altamente tumultuado pela presença organizada de cerca de 700 cadetes do exército confrontando-se aos populares presentes na sessão, foram apresentadas 302 emendas ao projeto inicial quase todas devidamente rejeitadas.⁹¹

A pressão sobre os parlamentares da ARENA era incrível, já que após o Pacote de Abril não existia mais espaço de negociação com a

⁸⁸ MEZZAROBBA, 2003.

⁸⁹ BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. 23 out. 1079. p. 17.

⁹⁰ VEJA: Revista semanal de variedades. *A página virada*. São Paulo: Ed Abril, 29 ago. 1979. p. 20.

⁹¹ BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. 11 de agosto de 1979. p. 03.

oposição. O governo, a todo instante, deixava claro que qualquer alteração no projeto no sentido de alterar o conteúdo do texto visando alargar o conteúdo da proposta iria arruinar o processo de abertura.⁹²

A sessão foi tensa por conta da rejeição de 2 substitutivos por votação apertada: o do MDB por 209 a 195; uma emenda do deputado Djalma Marinho da ARENA-RN, que a aposição apoiou e foi rejeitada por apenas 5 votos. Porém, ao fim do dia, o projeto do governo foi devidamente aprovado com 2 pequenas alterações no art. 1º da lei, aumentando o lapso temporal da anistia para agosto daquele ano, e incluindo os crimes eleitorais no espectro de cobertura da lei. O art.1º foi aprovado com a seguinte redação:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 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, complementares ou também por crimes políticos em quaisquer outros diplomas legais.

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

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

§ 3º - 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. 3º.

⁹² VEJA: Revista semanal de variedades. **A página virada**. São Paulo: Ed Abril, 29 ago. 1979. p. 21.

Contudo, a expressão “e outros diplomas legais” foi vetada pelo presidente Figueiredo. Nas razões do veto⁹³, o presidente Figueiredo fundamentou que a emenda nº35 do deputado Cantídio Sampaio alargou demais a interpretação dada a anistia e, que por essa razão, aquele dispositivo estava parcialmente vetado. O art. 1º foi sancionado coma seguinte redação:

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.

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

§ 3º 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. 3º.

O veto à expressão “e outros diplomas legais” traduz mais um fundamento para justificar a falta de negociação e a imposição que o executivo tratou da questão da anistia. Outro fato que deve ser ressaltado é de que a anistia, aprovada em agosto daquele ano, foi uma anistia parcial, limitada e restrita. Só anos depois o STM consolidou o

⁹³ BRASIL. **Lei 6683/79**: razões do veto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep267-L6683-79.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2010.

entendimento de que aquele tratamento era desproporcional e terminou alargando seu alcance jurisprudencialmente, tornando-a, desse modo, geral e irrestrita.⁹⁴

O art. 1º foi alvo de inúmeras críticas, pois, propositalmente, não se definiu o que seriam os crimes de qualquer natureza conexos com crimes políticos ou com motivação política.

Crimes políticos, à época, eram aqueles tipos vagos contidos nas leis de segurança nacional, decretos lei 314, 898 e a Lei 6620\78, que vigoraram no período. Posteriormente em 1983 foi editada uma nova lei que conceituou, de forma menos aberta, o crime político que utilizaremos aqui para fins didáticos. A lei 7170\83, apesar de ainda constar de um alto grau de subjetividade em seus tipos penais, procurou conceituar o crime político. Conjugando-se o art. 1º com o segundo da 7170\83, temos que crime político é aquele que lesa ou expõem em perigo: a integridade territorial e a soberania nacional; o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

Todavia, existe na doutrina uma distinção entre os crimes políticos puros ou próprios e políticos relativos, impropriamente ditos, infrações mistas ou complexas.

Os crimes políticos puros ou próprios são aqueles típicos crimes de opinião em que o cidadão é perseguido, preso, cassado de seus direitos por exteriorizar ideais e princípios contrários à ordem jurídica vigente. Estes crimes do tipo puro, quando se procede à transição, não só são tolerados como seus agentes costumam, com seus exemplos de rebeldia e desobediência civil, transformar-se em grandes lideranças na nova fase política do Estado. Todo ordenamento jurídico internacional não só tolera, como incentiva o questionamento e posição política que visa confrontar uma ordem jurídica autoritária. Dessas tensões que surgiram no direito internacional as figuras do asilo político e do refugio, que são instituto de direito internacional que tem por objetivo proteger da ação estatal perseguidos políticos.

Já os crimes políticos relativos, impropriamente ditos, infrações mistas ou complexas que são aqueles que atacam ao mesmo tempo um bem jurídico político e um bem jurídico comum que se resolve pelo critério da preponderância e atrocidade e, caso o crime comum conexo transformar-se no principal, o crime político relativo será tratado como

⁹⁴ FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 ago. 2008.

comum⁹⁵, ou seja, os crimes perpetrados pelos agentes do estado não tinham motivação política, eram contra a própria ordem de exceção, pois, mesmo no ordenamento jurídico construído pela ditadura exista uma ordem jurídica, instituições funcionando. A tradição das leis de anistia sempre foi a de perdoar os agentes políticos de fora do estado, essa suposta via de mão dupla arquitetada pela lei 6683\79 vai de encontro a toda história e tradição das anistias brasileiras.

Outra questão crucial desta parte do dispositivo é a atecnia do conceito de conexão utilizado pelo legislador. O conceito de conexão está presente no decreto-lei 3689\41 mais conhecido como Código de Processo Penal, segundo ele⁹⁶ a conexão é uma técnica de determinação de competência quando condutas criminosas diferentes se relacionam objetivamente, subjetivamente, atingindo bens jurídicos que se relacionam. Daí podemos inferir que é a finalidade daqueles que praticam crimes políticos ou assemelhados, todavia, bem outra é a meta daqueles que torturam e matam em nome do Estado ou com seu consentimento mesmo contra a ordem estatal vigente ao momento.

Já o termo conexão, trazido na lei 6683\79, tem uma acepção material que se relaciona com a própria natureza do crime. Em que pese a fragilidade do termo, ele foi utilizado com o fim de estender aos agentes violadores de direitos humanos a anistia conferida aos militantes que resistiram à opressão da ditadura. Para Hélio Bicudo, parodiando os famosos personagens dos manuais de direitos penais Caio e Tício, estender a anistia aos agentes violadores do Estado é o mesmo que:

Crimes conexos conforme dispõe a lei (6683\79), são aqueles cometidos pelo próprio autor ou por quem se tenha associado a ele. Se Tício comete um homicídio e ao ser detido pela polícia, é em

⁹⁵ VELOSO, Kléber Oliveira. **Brasil**: o viés extraditório. Goiânia: Edição do Autor, 2004. p.336.

⁹⁶ Art. 76. A competência será determinada pela conexão: se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

seguida, morto por um de seus agentes, trata-se de dois crimes absolutamente independentes um do outro. Não se pode considerar o segundo conexo com primeiro.⁹⁷

Já a presença do art. 1º, §2º na lei se deve ao fato de que o decreto lei 898\69 previa, em seu art. 27⁹⁸, o tipo penal para assalto, roubo ou depredação de estabelecimento de crédito ou financiamento com penas e prescrição muito maiores do que as previstas no código penal. Resultado: vários criminosos comuns foram punidos com base na aplicação daquele dispositivo. Nos debates que antecederam a aprovação da Lei de Anistia foi lembrado desse fato acabou-se por inserir esse dispositivo com o objetivo de não estender o alcance da anistia a criminosos comuns, o que casou muita revolta na comunidade carcerária⁹⁹.

Pelo exposto no capítulo, podemos perceber que a anistia brasileira fez parte de um projeto mais amplo que foi de abertura política do governo militar, que começou com o afrouxamento da censura, passando pela Emenda Constitucional nº 11, pela anistia dos presos políticos e desembocando na década de 80, com as Diretas e o Poder Constituinte de 88.

Utilizando a definição do professor constitucionalista Português Jorge Miranda, podemos definir o processo de abertura e transição brasileiros como: provocado, unilateral, pluralista.

Transição provocada pelo governo e seus agentes sem consulta ou negociação com oposição consentida. Feita unilateralmente por um parlamento forjado por um ato de exceção (Pacote de Abril) sem o mínimo de respeito à soberania popular. A transição, contudo, foi pluralista porque passou de um regime autoritário e bipartidário¹⁰⁰ a

⁹⁷ BICUDO, Hélio. Anistia Desvirtuada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 53, p. 91.

⁹⁸ Art. 27. Assaltar, roubar ou depredar estabelecimento de crédito ou financiamento, qualquer que seja a sua motivação: Pena: reclusão, de 10 a 24 anos. Parágrafo único: Se, da prática do ato, resultar morte, pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

⁹⁹ AMORIM, Carlos. *Comando Vermelho: a história secreta do crime organizado*. 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 1994. p. 96.

¹⁰⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo II*. Coimbra: Coimbra. 2007. p. 112-113.

uma ordem plúrima, apesar de suas fragilidades e deficiências presentes ainda na atualidade.

A lei 6683/79 será objeto de detida análise no Capítulo III desta obra quando será enfrentada a ADPF nº 153, julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal.

3 CAPÍTULO II – DÉCADA DE 90: A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E O REDIMENSIONAMENTO DO DEBATE

Após analisarmos os precedentes históricos da aprovação da Lei de Anistia iremos, a partir de agora, introduzir o marco teórico que será utilizado neste trabalho ao enfrentarmos o *Leading Caseda* - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº153 proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, objeto desta obra.

3.1 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: INTROITO

Em toda a história da civilização mundial, tanto a ocidental quanto a oriental, tivemos momentos de ruptura sangrenta e de retorno a normalidade política. Esse quadro não faz parte apenas da modernidade¹⁰¹. A necessidade de reprimir abusos tem sido registrada desde a punição dos trinta tiranos espartanos, com o retorno dos democratas à Atenas em 403 a.C.¹⁰². O terror Jacobino, em 1793, também foi um exemplo de transição regime onde em menos de um ano

¹⁰¹ Para uma melhor compreensão do histórico da justiça Transicional em especial suas anistias consultar: VITOLLO, Alfredo. **Emergências Constitucionales II** – Amnistia. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005. p. 27-35.

¹⁰² Trasíbulo promulgou o mais célebre ato de anistia registrado nos primeiros tempos do instituto. Cornelius Nepos, em suas biografias narra que Trasíbulo, um patriota ateniense, com Atenas vencida e submetida a Esparta, determinou-se a libertar seu país da opressão de trinta tiranos que prendiam, baniam, matavam ou confiscavam bens dos cidadãos Atenienses. Inicialmente com um pequeno grupo de apoio, formado de outros patriotas atenienses, Trasíbulo logo via aumentar as fileiras sob seu comando e logrou vencer os trinta tiranos, matando na batalha seu chefe Critias. Pausanias, rei de Esparta, veio em socorro dos atenienses colaboracionistas, logo após a morte de Critias, mas celebrou a seguir com Trasíbulo um pacto de paz, sendo exilados os trinta tiranos e devolvida, ao povo de Atenas, a administração da República. Vitorioso completamente, Trasíbulo fez promulgar uma lei que proibia acusar ou punir quem quer que fosse pelos fatos ocorridos. Foi a chamada lei do esquecimento ou da anistia. E no juramento imposto aos heliastes foi introduzida a seguinte cláusula: “Juro não me lembrar do passado nem consentir que outrem o lembre”. BARBOSA, Ruy. Defesa dos condenados pela amnistia de 1895. In: O Direito, vol. LXXII. p. 551-553. APUD FERREIRA, José Ignacio. **Anistia**: caminho e solução. Vitória: Janc, 1979. p. 65.

milhares de pessoas foram condenadas à guilhotina em julgamentos sumários sem direito a ampla defesa¹⁰³.

A aplicação das técnicas de Justiça de Transição, tal como é estudada atualmente, só passam a serem utilizadas a partir do fim da segunda guerra com a instalação dos tribunais de Nuremberg e Tóquio (porém ainda não se utilizava essa nomenclatura). O maior legado, do ponto de vista da técnica legislativa Constitucional, veio deste período.

O Nazismo de Hitler se deu sob a égide da democrática Constituição de Weimar, porém sem uma rigidez constitucional o decisionismo¹⁰⁴, de Carl Schmitt, apoiado pela exponencial representatividade popular ao partido Nazista, fulminou todas as possibilidades de contenção jurídica contra o avanço do autoritarismo estatal¹⁰⁵.

Com a experiência de Weimar, viu-se que as cartas Constitucionais precisavam de maior rigidez para reformulação e mais de um núcleo constitucionalmente intangível, mesmo que para isso, uma futura geração tivesse de ter sua soberania mitigada. Esse modelo Constitucional anterior à segunda Guerra Mundial, onde as declarações de direitos de matriz Kantiana estavam abandonadas por um legalismo parlamentar que legitimava qualquer construção na sociedade, desde que majoritária, foi denominado por Ferrajoli como Constitucionalismo Paleo-Positivista¹⁰⁶.

Aos poucos foi se identificando a cultura jurídica Constitucional como tendo uma função contra majoritária no seio da sociedade,

¹⁰³ DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

¹⁰⁴ A teoria decisionista Schmittiana dizia que a constituição era uma decisão política fundamental. Para ele “A vontade do líder não podia sujeitar-se a nenhuma limitação constitucional, uma vez que, em última análise, a base dessas práticas formais e o governo por meio do direito positivo era apenas um dentre vários expedientes de regulamentação que podiam expressar a vontade do líder e do partido”. MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos Regos ao Pós-Modernismo**. São Paulo, 2006. p. 364.

¹⁰⁵ Hitler fora eleito democraticamente em 1933, a Alemanha estava assolada pelo caos econômico imposto pelo tratado de Versalhes. O Partido Social Democrata (SPD), de Rosa Luxemburgo avançava. Sob os auspícios do medo do avanço comunista, e com o incêndio do parlamento em fevereiro de 1933, o parlamento alemão conferiu a Hitler poderes especiais, na condição de Reichskanzler, para governar por decreto “legitimadamente”. Estes poderes foram renovados sistematicamente a cada 4 anos até o fim da Segunda Guerra. (MORRISON, 2008, p. 363)

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel. **Neonconstitucionalismo(s)**. Madrid, 2003. p. 14.

contendo os excessos do executivo por um lado, via controle da legalidade de seus atos; e de outro contendo também os excessos do próprio parlamento via a inserção de Cortes Constitucionais nos Estados fazendo o controle de Constitucionalidade dos atos normativos primários.

Além das Cortes Supremas, outro grande avanço do pós-guerra nas Constituições dos Estados-nação Européias foi à inserção das diversas gerações de Direitos Humanos Fundamentais em seus textos, com o acréscimo da cláusula de proibição do retrocesso social¹⁰⁷. Em face da rigidez formal conferida às normas com este conteúdo de textura aberta, os magistrados das cortes passaram a ter uma margem de manobra dentro da moldura conferida por suas cartas para restringir, pautados nos métodos de interpretação constitucional, os excessos do parlamento pela via do controle de constitucionalidade.

Em paralelo a esta nova leitura do constitucionalismo que se foi construindo, um grande desafio se estabeleceu com o pós-guerra para a Filosofia Política contemporânea: Como tratar dos crimes de guerra praticados pelo eixo que representou os perdedores sem, contudo, abdicar das garantias liberais iluministas?

Com a equivocada experiência do tratado de Versalhes¹⁰⁸, que pôs fim a primeira guerra¹⁰⁹, ao menos momentaneamente, fez com que os aliados refletissem como por termo ao maior conflito bélico da humanidade.

Ao fim do conflito calcula-se que 60 milhões de pessoas foram mortas¹¹⁰, em sua maioria civis, duas bombas atômicas arremessadas,

¹⁰⁷ Para uma análise mais aprofundada da cláusula do retrocesso social consultar nossa obra: BAHIA, Carolina M.; MAIA, Fábio F.. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nos 20 anos da constituição brasileira: uma análise da cláusula da proibição do retrocesso ecológico a partir de casos concretos. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira (coord.). **Direito de propriedade e meio ambiente: novos desafios para século XXI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 283-300.

¹⁰⁸ O tratado de Versalhes pôs fim à Primeira Guerra e constituiu a Liga das Nações que não prosperou por divergências de interesses entre os aliados. Impôs uma indenização altíssima a Alemanha, fato este, que muitos historiadores atribuem à ascensão do Nazismo, em 1933.

¹⁰⁹ Autores como Hobsbawn costumam afirmar que não houve duas guerras mundiais, mas que o tratado de Versalhes foi um Armistício. HOBBSAWN, Eric. **A Era dos extremos: o breve século XX 1914-1991**. São Paulo: Cia da Letras, 2006. p. 58-59.

¹¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo, 2003. p. 209.

campos de concentração, trabalho escravo, extermínio em massa, nos dizeres de Hannah Arendt houve a completa banalização do mal¹¹¹.

Um grande impasse foi gerado ao lado dos vencedores. Que medidas implantar para contramotivar qualquer retorno ao belicismo? Como retomar a ideia de um planeta com Estados-Nação, mas submetidos a uma ordem política mundial? Como julgar e punir os excessos do conflito sem que isso não fosse considerado um ato de vingança dos vencedores e que o julgamento não fosse considerado um tribunal de exceção, ferindo assim os próprios ideais liberais burgueses?

Estas dúvidas permearam todo o debate dos tribunais de Nuremberg e Tóquio, e o eterno conflito entre o direito natural e o juspositivismo, que persiste desde Antígona¹¹², aqui irá se resolver legitimado pelo tamanho, pelos horrores e ainda pelas gigantescas máquinas de despersonalização de seres humanos criados no *front* do conflito tanto pelos aliados com a disseminação da cultura do ódio como

¹¹¹ A expressão “Banalização do mal” foi cunhada a partir do livro Eichmann em Jerusalém, onde a autora identifica as condutas do holocausto personificado no acusado Adolph Eichmann não foram perpetradas por um demônio, louco, doente, mas sim por uma pessoa normal, pai de família cumpridora da lei e zelosa com os padrões morais da sociedade em que vivia. Ela identifica ainda que o “normal” para o momento da Alemanha nazista era aquela de estrita obediência aos ordens do Führer, e que exigir uma postura diferente daquela é que seria considerada “anormal” passível de todas as formas de sanções que ordenamento jurídico Alemão dispunha. Ver: ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Cia das Letras, 1999. p 31-38.

¹¹² Última das tragédias de Sófocles. Conta a história de Antígona, que deseja enterrar seu irmão Polínic, que atentou contra a cidade de Tebas, mas o tirano da cidade, Creonte, promulgou uma lei impedindo que os mortos que atentaram contra a lei da cidade fossem enterrados, o que era uma grande ofensa para o morto e sua família, pois a alma do morto não faria a transição adequada ao mundo dos mortos. Antígona, enfurecida, vai então sozinha contra a lei de uma cidade e enterra o irmão, desafiando todas as leis da cidade, Antígona é então capturada e levada até Creonte, que sentencia Antígona a morte, não adiantando nem os apelos de Hemon, filho de Creonte e noivo de Antígona, que clama ao pai pelo bom senso e pela vida de Antígona, pois ela apenas queria dar um enterro justo ao irmão. Hemon briga com Creonte e então Antígona é levada a uma tumba onde Antígona ficará até morrer. Aparece então Tírsias, o adivinho, que avisa a Creonte que sua sorte está acabando, pois o orgulho em não enterrar Polínic acabará destruindo seu governo. Antes de poder fazer algo, Creonte descobre que Hemon, seu filho, se matou, desgostoso com a pena de morte de Antígona. Aparece Eurídice e conta que, ao abrir a tumba onde Antígona estava presa, encontram-na enforcada. Então Hemon se mata, após tentar acertar o pai. Eurídice, desiludida pela morte do filho também se mata, para desespero de Creonte, que ao ver toda sua família morta se lamenta por todos os seus atos, mas principalmente pelo ato de não ter atendido o desígnio dos deuses, o que lhe custou a vida de todos aqueles que lhe eram queridos. Esta tragédia é comumente tratada como um dos primeiros notícias da tensão entre o Direito Natural e o jus Positivismo Ver: ROSENFELD, Kathrin H. **Sófocles e Antígona**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 12-21.

pelo eixo, personalizados principalmente nos *Gulags* Soviéticos e nos *Lagers* Nazistas¹¹³.

Nos debates dos 2 tribunais instalados, a tese de defesa sempre foi a de deslegitimar o julgamento como um tribunal *ex post facto*, ou seja, um verdadeiro tribunal de exceção e que os Réus agiram em todo o momento de acordo com o ordenamento positivo soberano do Estado Nazista, eleito democraticamente, inclusive.

Apesar da veracidade da tese, realmente os tribunais eram de exceção, e ainda o fato de os réus, no momento da conduta, estarem acobertados por excludente de tipicidade, pois a norma emanava do Führer, a tese logicamente não foi acolhida a força do vencedor foi imposta, desta vez, de forma mitigada para garantir uma transição futura para toda a Europa.

Com esse contexto adverso, a comunidade internacional deparou-se com a necessidade de debater e construir espaços de diálogo e decisão com um método que não reproduzisse o fracasso do tratado de Versalhes e da sociedade das nações¹¹⁴. Nesse contexto, foram construídas, a partir da Carta das Nações Unidas e da declaração Universal dos Direitos Humanos, todas as instituições multilaterais internacionais: Sistema ONU, Sistemas Regionais e Sistemas Domésticos¹¹⁵.

A partir da década de 50, toda uma rede de proteção internacional dos direitos humanos foi paulatinamente sendo construída. Ao contrário do que se possa imaginar, a coexistência de múltiplos sistemas de proteção como o Tribunal Internacional de Justiça, o Tribunal Penal Internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos complementam-se¹¹⁶. Segundo Ferrajoli¹¹⁷, o maior desafio para comunidade internacional para a promoção da dignidade humana é garantir a efetividade dos direitos humanos fundamentais nos 3 planos: tanto vertical, quanto horizontal e ainda no internacional, repactuando

¹¹³ COMPARATO, 2003, p. 23.

¹¹⁴ Idem, Ibidem, p. 210.

¹¹⁵ Para uma melhor compreensão dos sistemas internacionais de direitos humanos ver: TRINDADE, Antônio C. **A proteção internacional dos direitos humanos no Brasil**. 2. ed. Brasília: UNB, 2000.

¹¹⁶ Idem, Ibidem, p. 29.

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. In: CARBONELL, Miguel. **Teoria del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 73.

assim o clássico conceito de soberania construído ao longo dos séculos deste a paz de Westfália¹¹⁸.

A partir da experiência dos tribunais e da transição política do pós-guerra europeu, começou-se a cunhar paulatinamente esta nova área de preocupação nas ciências sociais, que irá intensificar seus estudos a partir da independência das colônias Africanas e com a instituição e dissolução das ditaduras no Cone Sul nas décadas de 70 e 80.

Contudo, o ajuste e calibragem que a aplicação sensata da justiça de transição pode conferir à formatação estatal reformulada não é tarefa das mais fáceis. Seelaender¹¹⁹ observa que: o passado próximo, o corporativismo, a lealdade, a necessidade da defesa da tradição e consequentemente o resgate do “pedigree acadêmico” contribuem para formação de “coortes de sociabilização”¹²⁰ que dificultam o estudo e o acesso a informações sobre o passado recente de professores, juristas, e agentes públicos no que tange suas participações no passado ditatorial.

O referido autor coloca ainda que esta dificuldade não é uma exclusividade brasileira. O autor aponta situações semelhantes na França de Vichy, na Alemanha Nazista e na Itália fascista, onde escritos e pareceres racistas e antisemitas transmudaram-se, após o regime, para neutros pareceres jurídicos sobre a legislação da época.¹²¹

3.2 CONCEITO E ESPÉCIES

Apesar de que as técnicas da justiça de transição já houvessem sido utilizadas no pós-guerra para retirar o arcabouço jurídico do

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 19.

¹¹⁹¹⁹ SEELAENDER, Airton C. L. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In: FONSECA, Ricardo; SEELANDER, Aiton (orgs.). **História do Direito em perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 416.

¹²⁰ O Professor Airton Seelaender utiliza o conceito formulado por Rùthers para definir “coortes de sociabilização” como sendo grupos de pessoas marcadas por experiências de vida em comum, sob influência de fatores como: idade, origem social, formação e exposição a situações semelhantes. Tais pessoas “não raramente” apresentariam semelhanças em suas “visões de mundo e de valores” quando fossem questionadas as concepções fundamentais enraizadas através da (sua) socialização.

¹²¹ SEELAENDER, 2009, p. 417.

nazismo e reparar suas vítimas, esse termo e seu conhecimento só passam a ser sistematizados e ganhar autonomia científica a partir da década de 90. O termo ganha notoriedade nos meios acadêmicos “com a publicação dos 3 volumes da obra *Transicional Justice: How emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, em 1992 por Neil Kritz”¹²².

No ano de 2000, surge o *International Center of Transicional Justice*, entidade inicialmente pensada e financiada pela fundação Ford¹²³ com o objetivo de remediar e prevenir graves violações de direitos humanos com o propósito de promover o enfrentamento do passado visando o futuro e a democracia.¹²⁴

Podemos extrair, assim, um conceito de Justiça de Transição como um conjunto de medidas que cada Estado em conflito deve empreender para minimizar qualquer retorno ao anterior clima de exceção.

Vários são os crimes praticados pelos estados nos momentos de conflito e exceção. Além das odiosas violações de direitos humanos, não raras são as vezes que a órbita individual dos cidadãos é invadida sem qualquer notificação ou devido processo legal. Mezarobba descreve as principais violações que são praticadas nestes momentos:

Entre as infrações e crimes cometidos pelos militares estão as demissões sumárias de servidores públicos, as aposentadorias compulsórias, a suspensão de direitos políticos, a cassação de mandatos, a perseguição a sindicalistas e líderes estudantis, a perda de vaga em escola pública ou a expulsão de escola particular, a expulsão do país, o exílio forçado, a

¹²² BICKFORD, Louis. Transicional ustice. In: HORVITZ, Leslie Alan; CATHERWOOD, Christopher. **Macmillan encyclopedia of genocide and crimes against humanity**. v. 3. Nova York: Facts on File, 2004. p. 1045-1047.

¹²³ Um detalhe histórico interessante é que a mesma fundação que financia e apoia estudos, capacitação e planejamento contra fortes violações de direitos humanos e abalos à democracia foi capaz de financiar no Brasil a Operação OBAN que culminou com o pior período da ditadura brasileira. Ver: ARQUEDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil nunca mais**. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 72-73.

¹²⁴ Disponível em: <<http://www.ictj.org/es/about/mission/>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

prática de detenções arbitrárias, o uso da tortura, os sequestros, estupros e assassinatos.¹²⁵

Ao enfrentar a transição política os atores engajados nesta construção terão que analisar cada uma das violações que foram produzidas equacionando para o contexto atual, procurando assim remediar o passado com o horizonte no futuro.

Quanto aos objetivos do estudo e aplicação da Justiça de Transição, Eduardo González Cueva, professor da *New School for Social Reserch de Nova York*, aponta¹²⁶:

Entender a natureza dos crimes praticados no período como violações de Direitos Humanos;
Compreender a necessidade de estabelecer responsabilidades individuais como pré-requisito a qualquer reconciliação e ainda garantir o direito do devido processo legal aos agentes violadores;
Incluir a visão das vítimas na narrativa histórica buscando equacionar uma narrativa equilibrada do passado;
Entender a necessidade de reparar os danos cometidos, e as obrigações morais e políticas da sociedade e do estado para com as vítimas;
Dar vida a mecanismos políticos, formas de cultura e instrumentos jurídicos que sirvam de não repetição das condutas e crimes cometido no passado.¹²⁷

¹²⁵ MEZAROBBA, Glenda. O que é justiça de transição? Uma análise a partir do caso brasileiro. In: SOARES, Inês Virginia; KISHI, Sandra. **Memória e verdade: a justiça de transição no estado democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 45-46.

¹²⁶ CUEVA, Eduardo González. Perspectivas teóricas sobre la justiciatransicional. In: Seminario “**Peru 1980-2000: El reto de la verdad y la justicia**.” Seminario. Lima: Asociación pro derechos humanos y la cordinadora nacional de derechos humanos, 2001. p.23-24. (tradução nossa)

¹²⁷ Lê-se no original: “Entienda la natureleza de los crimines cometidos y su natureleza particularmente odiosa; comprenda la necesidad establecer responsabilidades individuales como pre-requisito a cualquier posible reconciliación y entienda la necesidad de garantizar el más estricto debido proceso a los presuntos perpetradores; incluya la visión de las víctimas en la narrativa histórica de las que antes se les suprimió y busque encontrar unavisión equilibraday razonada del pasado; entienda la necesidad de reparar lo daños cometidos y las

Apesar de estas condutas que são objeto do estudo variarem bastante de conflito a conflito sedimentou-se um consenso de quais o pontos centrais no processo de transição:

Julgamento dos agentes responsáveis pelo atos criminosos, reparação das vítimas dos abusos, reconstrução e preservação da verdade e memória, exoneração ou desclassificação de certos agentes à certas funções ou cargos públicos, reforma das instituições estatais com fulcro de garantir a não repetição dos abusos.^{128 129}

Estas espécies de transição serão tratadas pormenorizadamente a partir deste momento.

3.3 RECONHECIMENTO E REPARAÇÃO DAS VÍTIMAS E FAMILIARES

O foco da aplicação das técnicas da justiça de transição tem como principal destinatário as vítimas das violações de direitos humanos e seus familiares, exatamente aqueles que mais sofreram com o período de exceção.

Segundo Pablo De Greiff, a reparação das vítimas e familiares se divide em 2 aspectos: um aspecto material e outro simbólico. No que tange ao aspecto material podemos destacar como medidas:

obligaciones morales y políticas de la sociedade e del estado para con las víctimas; de vida a mecanismos políticos, formas de cultura e instrumentos jurídicos que sirvan como garantías de no repetición de los crimines del pasado.”

¹²⁸ VARSKY, Carolina; FILIPPINI, Leonardo. Desarrollos recientes de las instituciones de la Justicia de transición em Argentina. In: **Nueva doctrina penal, 2005/A**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 115. (tradução nossa)

¹²⁹ Lê-se no original: “El enjuiciamiento de los responsables de actos criminales de envergadura, las compensaciones de las víctimas, La reconstrucción y preservación de la verdad, la descalificación de ciertas personas para permanecer o acceder a cargos sensibles de la función pública y la reforma de instituciones como garantía de no-repetición de abusos.”

Restituição: Se refere àquelas medidas que procuram restabelecer o status quo ante da vítima. Essas medidas vão da restauração de direitos tais como a cidadania e a liberdade, a restituição do emprego e outros benefícios, até a restituição de propriedades;

Compensação: Se refere àquelas medidas que procuram compensar os danos sofridos por meio da quantificação desses danos, em que o dano se entende como algo que vai muito além da mera perda econômica e inclui a lesão física e mental e, em alguns casos, também a lesão moral.

Reabilitação: Se refere a medidas que fornecem atenção social, médica e psicológica, assim como serviços legais.^{130 131}

Quanto ao plano simbólico da reparação da vítima que está intrinsecamente ligada ao reconhecimento do Estado das lesões causadas aos seus nacionais e ainda a promoção, satisfação e garantias de não repetição daquelas realidades enfrentadas, a experiência internacional aponta como possibilidades:

Verificação dos fatos, desculpas oficiais, sentenças judiciais que restabelecem a dignidade e a reputação das vítimas, plena revelação pública da verdade, busca, identificação e entrega dos restos mortais de pessoas falecidas ou desaparecidas, junto com a aplicação de sanções

¹³⁰ GREIFF Pablo. The role of reparations in transitions to democracy. In: **Justice and the world economy**. Achieving Global Justice Seminar Series. EUA, Nova York: International Center for Transitional Justice, 2004. p. 01-18. (tradução nossa)

¹³¹ Do original lê-se: The first sphere is the domain of international law. The basic categories in terms of which international law understands the concept are restitution, compensation, rehabilitation, and satisfaction and guarantees of non-repetition. The scope of the term “reparations” in international law is very wide—for example, the very establishment of a truth commission would count as a measure of satisfaction, or criminal justice would count as a guarantee of non-repetition.

judiciais ou administrativas aos autores dos crimes, e reformas institucionais.^{132 133}

3.3.1 Estratégias de reparação utilizadas no Brasil

Os instrumentos de reparação e reconhecimento utilizados no Brasil estão dispostos em 3 marcos legais: Lei de Anistia (6683/79), art. 8º do ADCT, a Lei de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos Políticos (9140/95) e a Lei da Reparação (10.559/02)¹³⁴. Adiante essas leis serão analisadas.

a) Instrumentos da Lei 6683/79

A reparação das violações dos direitos dos cidadãos brasileiros começou ao menos timidamente com a aprovação da Lei de Anistia em 79. Além anistiar unilateralmente tanto os agentes do Estado quanto aqueles que enfrentarão o regime a lei conferiu o direito de:

Retorno ou a reversão ao serviço ativo somente deferido para o mesmo cargo ou emprego desde condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração (*caput* do art. 3º), ou seja, o retorno aos quadros estatais dependia de um pedido feito a uma comissão (art.3º,§1º) e, ainda, este retorno era uma concessão, um ato discricionário da administração que, se por acaso julgasse que, aquele cidadão vítima da própria administração, não fosse adequada, a mesma

¹³² GREIFF, 2004, p. 02. (tradução nossa)

¹³³ Do original lê-se: The second sphere is the design of massive reparations programs. The meaning of the term shifted, for example, in the understanding of the commissioners in the Peruvian TRC who were entrusted with the responsibility of designing the reparations programs. They were, of course, not entrusted with responsibilities that spanned from the design of the criminal justice policy, to the operation of the truth commission, the creation of programs of compensation and rehabilitation, and so on. They had a much narrower task at hand, and, I think, correctly so. For them there seemed to be two basic distinctions: between the material and symbolic benefits and between the collective or individual distribution of either material or symbolic measures.

¹³⁴ AGRA, Walber de Moura.; TAVARES, André R. Justiça reparadora no Brasil. In: SOARES, Inês Virginia; KISHI, Sandra. **Memória e verdade**: a justiça de transição no estado democrático brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 69-90.

podia imotivadamente rejeitá-lo e aposentá-lo com proventos apenas proporcionais ao tempo de serviço, contando-se o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo de proventos da inatividade ou da pensão (art. 4º).

Além da possibilidade de retorno à ativa e o aproveitamento do tempo de inatividade para efeitos previdenciários a lei trouxe no seu art. 6º:

Art. 6º O cônjuge, qualquer parente, ou afim, na linha reta, ou na colateral, ou o Ministro Público, poderá requerer a declaração de ausência de pessoa que, envolvida em atividades políticas, esteja, até a data de vigência desta Lei, desaparecida do seu domicílio, sem que dela haja notícias por mais de 1 (um) ano.

§ 4º - Depois de averbada no registro civil, a sentença que declarar a ausência gera a presunção de morte do desaparecido, para os fins de dissolução do casamento e de abertura de sucessão definitiva.

Este dispositivo, em geral, tem passado despercebido pela doutrina transicional. Ocorre que à época da edição da Lei da Anistia vigorava o antigo código civil, de Clóvis Beviláqua, de 1916, em seu livro, título III, da ausência de pessoas naturais e do procedimento da sucessão provisória e da definitiva daqueles declarados ausentes. O art. 469 do referido texto tratava da sucessão provisória dizendo que: passando-se 2 (dois) anos, sem que se saiba do ausente, se não deixou representante, nem procurador ou, se os deixou, em passando 4 (quatro) anos, poderão os interessados requerer que se lhes abra provisoriamente a sucessão.

Já para a sucessão definitiva de acordo com o art. 481 era necessário o lapso de vinte anos depois de passada em julgado a sentença que concedia a abertura da sucessão provisória, podiam os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas. O art. 482 trazia ainda a possibilidade de converter em definitiva a sucessão provisória após 5 anos, se o ausente tivesse mais de 80 anos à data da abertura.

Pelo disposto acima se vê que ele antecipava a abertura da sucessão de até 20 para apenas um ano, depois de declarada a ausência por motivos políticos o que, de certa forma, tem natureza de antecipação do direito subjetivo da sucessão e dos efeitos previdenciários para os familiares do desaparecido.

O art. 7º concedia anistia aos empregados das empresas privadas que, por motivo de participação em grave ou em quaisquer movimentos reivindicatórios ou de reclamação de direitos regidos pela legislação social, haja sido despedidos do trabalho, ou destituídos de cargos administrativos ou de representação sindical.

O art. 9º estendeu o perdão concedido no *caput* do art. 1º, que tratava de crimes políticos e conexos aos políticos e também das faltas disciplinares aos dirigentes sindicais bem como aos estudantes.

O art. 11 reflete exatamente o teor restrito, limitado e mesquinho que a lei alcançava não gerando quaisquer outros direitos que ela expressamente mencionasse, inclusive aqueles relativos a vencimentos, saldos, salários, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos.

Finalmente, o art. 12 permitia aos anistiados filiarem-se a partidos políticos e retornarem a vida política.

Deve-se ressaltar que, a partir da lei 6683/79, o conceito de anistia alargou-se. Tradicionalmente “pela anistia o estado renuncia ao seu *ius puniendi*, perdoadando a prática de infrações penais que normalmente tem cunho político”¹³⁵, algo que sempre teve natureza jurídica de fato extintivo de punibilidade, constando expressamente no rol do art. 107 do código penal.¹³⁵

Todavia, a Lei de Anistia de 79 trouxe outros instrumentos, além do perdão de crimes praticados como a aposentadoria e a reversão. A partir daí ampliou-se o conceito e passou-se a se referir às reparações também como forma de anistia aos sujeitos e vítimas que receberão algum tipo de reparação, seja simbólica, seja material de anistiados. Todos os instrumentos legais, a partir de então, utilizarão esta concepção alargada do conceito de anistia.

¹³⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 781.

Posteriormente a emenda constitucional 26 que convoca a constituinte de 1988 ratifica o conteúdo da lei 6683/79.¹³⁶ Apesar destas previsões os pedidos de aposentadoria e indenização só começaram a serem demandados e atendidos após o constituinte de 88¹³⁷.

b) O art. 8º do ADCT

Após a anistia de 79 o projeto de abertura e descompressão do regime continuou seguindo sua rota. . Em 1984, cresceu o sentimento pela redemocratização do país. O movimento das *Diretas Já* tomou conta do país. Apesar da rejeição da emenda Dante de Oliveira, no ano seguinte, Tancredo Neves é eleito o primeiro presidente civil desde 1961.

Ao assumir a presidência, após a morte prematura de Tancredo Neves, José Sarney convocou a constituinte de 88.

No texto aprovado, a sociedade brasileira assumiu a responsabilidade de proceder à transição do regime jurídico autoritário a um Estado democrático e social de direito. Após intensas movimentações dos grupos de pressão que se instalaram nos corredores do Congresso Nacional, foi inserido no corpo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o art. 8º que ampliou o alcance tanto temporal, objetivo e subjetivo das reparações concedidas pela lei 6683/79. Trazia em seu *caput*:

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

¹³⁶ REMIGIO, Rodrigo F. Democracia e anistia política: rompendo com a cultura do silêncio, possibilitando uma justiça de transição. In: BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2008. p. 190.

¹³⁷ AGRA, 2009, p. 83.

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.

Pela análise do texto nota-se que o lapso temporal coberto pela anistia brasileira, a partir do constituinte, foi alargado para o momento da promulgação do constituinte de 46 e ainda estendeu a anistia aos atingidos pelo conteúdo material de mais 2 dispositivos legais: o decreto legislativo 18/61 e o decreto-lei 864/69.

O art. 3º previu uma reparação de natureza econômica àqueles que ficaram impedidos de exercer sua profissão em virtude de portarias do ministério da aeronáutica. Este dispositivo trata de uma antiga reivindicação dos oficiais da aeronáutica cassados em 64. Pois estas portarias autorizavam o militar sair da carreira para ingressar na aviação comercial. Com a suspensão das portarias, na prática, essas pessoas, além de seus empregos cassados, tiveram saqueada sua formação e sua profissão.¹³⁸

§ 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.

O §4º concedeu anistia aos vereadores. Foram atingidos pelos Atos Institucionais nº2 e nº 7, que limitou o pagamento das suas remunerações. O Ato Institucional nº 2 vedava o pagamento de qualquer

¹³⁸ SILVA, 1984, p.183.

remuneração aos vereadores, indistintamente. Por outro lado, o Ato Institucional nº 7 determinava, no seu art. 4º, que alterou o art. 16, §2º, da Constituição de 1967, que somente seriam remunerados os vereadores das Capitais e dos municípios de população superior a trezentos mil habitantes, dentro dos limites e critérios fixados em lei complementar.

§ 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.

Já o §5º ampliou o espectro de abrangência em virtude de atividade interrompidas em virtude de decisão de seus trabalhadores, leia-se greve. Como exemplo, podemos recordar das grandes manifestações dos metalúrgicos do ABC no ano de 78.

O dispositivo ainda concede anistia àqueles atingidos pelo conteúdo do decreto-lei 1.632/78 que dispõe sobre a proibição de greve nos serviços públicos e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional. Sendo consideradas de Segurança Nacional, todas áreas relativas a serviços de água e esgoto, energia elétrica, petróleo, gás e outros combustíveis, bancos, transportes, comunicações, carga e descarga, hospitais, ambulatórios, maternidades, farmácias e drogarias, bem como as de indústrias definidas por decreto do Presidente da República. Além de ressaltar, como já colocado no Capítulo I desta obra, que o texto deste parágrafo constava no texto original do *caput* do art. 1º da Lei de Anistia que, no entanto, foi vetada pelo presidente Figueiredo.

§ 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.

Apesar da inovação do constituinte de 1988 ampliando o alcance do anistiado e aumentando assim o espectro de beneficiados, a norma do art. 88 carecia de regulamentação, o que só se concretizou em 2002, com a lei de reparação, pois nos dizeres do professor José Afonso da Silva, não é uma norma auto-aplicável e tem eficácia limitada¹³⁹.

c) Lei de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos políticos (9140/95).

Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Esta lei teve como objetivo estabilizar a situação jurídica dos desaparecidos durante o Regime Militar que até então era apenas considerado ausente nos termos do art. 484 do Código Civil de 1916.

A aplicação da lei orientar-se-á pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional, expressos na Lei de Anistia. O que, sem sombra de dúvida, traduz o caráter limitado de sua abrangência.

Para facilitar o reconhecimento da morte do desaparecido político a lei trouxe uma novidade grata. Bastando o interesse do rol do art. 3º requerer o registro no cartório civil bastando anexar a cópia da lei e seus anexos.

Criou-se uma comissão especial formada por 7 membros nomeados pelo presidente da República, sendo: 4 membros da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados; pessoas com vínculo com os familiares das pessoas referidas na lista constante do Anexo I; e os membros do Ministério Público Federal. Posteriormente a lei

¹³⁹ Sobre eficácia limitada das normas constitucionais, Ver: SILVA, José Afonso.

Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 121-134.

10.875/04 acrescentou integrantes do Ministério da Defesa que fora criado em 1999 cinco anos após a edição da lei¹⁴⁰.

O anexo I da lei é uma lista 136 nomes catalogados de pessoas desaparecidas. A lista é a reprodução da lista feita pela arquidiocese do São Paulo no Projeto Brasil: Tortura nunca mais¹⁴¹, o que por si só já demonstra que o anexo da lei restou totalmente desatualizado. Pois o art. 8º do ADCT remetia à anistia ao lapso temporal de 46 à 79, enquanto que a amostragem dos IPMs analisados pelo projeto foi de abril de 64 à março de 1979¹⁴². Ressalta-se que, em caso de omissão, a lei autoriza o procedimento judicial de justificação¹⁴³.

A comissão de mortos e desaparecidos políticos teve como objetivos: proceder ao reconhecimento de pessoas não relacionadas na lista do anexo I; envidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados; emitir parecer sobre os requerimentos relativos à indenização que venham a ser formulados pelos legitimados.

Outro fator limitante para efetuar uma reparação séria é o fato de a lei ter estabelecido um prazo decadencial de 120 dias da promulgação da lei ou do deferimento do pedido de reconhecimento do desaparecido para que o legitimado pudesse ingressar com o pedido administrativo de indenização.

Por fim o art. 11 previu uma indenização aos familiares de dos mortos e desaparecidos políticos cuja indenização, a título reparatório, consistirá no pagamento de valor único igual a R\$ 3.000,00 (três mil

¹⁴⁰ O referido ministério foi criado pela lei complementar 97/99. Sua criação faz parte de um conjunto de reformas do estado para diminuir a influência política dos setores milites e garantir o comando da condução política das Forças Armadas ao poder constituído.

¹⁴¹ O projeto “Tortura Nunca Mais” será analisado no tópico do Direito à memória e à verdade.

¹⁴² Para comparar a lista do projeto tortura nunca mais com o anexo I da lei 9140/95 ver: <<http://www.torturanuncamais-rj.org.br/md.asp?Refresh=2011011111053323813564&tipo=3>>. Acesso em: 11 jan. 2011. Já o anexo I, ele está disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1995_1997/anexo/ANL9140-95.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2011.

¹⁴³ A Justificação judicial é medida que tem por finalidade a constituição imediata de prova de determinado fato, seja para simples fim de documentação, seja para ulterior processo judicial ou administrativo. Seu procedimento está disposto no art. 861 e seguintes do código de processo civil. MARINONI, Luis Guilherme. **Curso de Processo Civil, Volume 4**: Processo Cautelar/Luis Guilherme Marinone, Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 295.

reais) multiplicado pelo número de anos correspondentes à expectativa de sobrevivência do desaparecido, levando-se em consideração a idade à época do desaparecimento. E ainda em nenhuma hipótese a indenização poderia ultrapassar o montante de R\$100.000,00.

Do exposto viu-se que a Lei de Mortos e Desaparecidos Políticos teve o mérito de proceder a uma reparação simbólica aos familiares das vítimas da ditadura, porém com o alcance reduzido e sem regulamentar a situações previstas no art. 8º do ADCT que só aconteceu no ano de 2002 com a lei de reparação.

d) Lei da Reparação - 10.559/02

Entrou em vigor inicialmente por meio da Medida Provisória¹⁴⁴ 2151-2 de 27/07/2001, que foi revogada pela também Medida Provisória nº 65, de 28 de agosto 2002, posteriormente convertida em Lei no dia 13/11/2002. A lei de 10.559/02 regulamentou o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias com 14 anos de atraso. Ela tem um duplo efeito: de um lado reparar tanto simbolicamente, com as declarações de anistiado quanto materialmente, as vítimas de atos autoritários do Regime Militar; do outro contribuir para construção da memória e da verdade, já que os processos administrativos da Comissão de Anistia, criados com a lei, são públicos e suas informações servem de importante fonte de documentação e pesquisa sobre o período^{145 146}.

A lei atribui às vítimas que sofreram abusos durante o estado de exceção o Regime do Anistiado Político (art. 1º) que compreende os seguintes direitos: declaração da condição de anistiado político; reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação única ou em prestação mensal, permanente e continuada, asseguradas a readmissão ou a promoção na inatividade; contagem, para todos os efeitos, do tempo em que o anistiado político esteve compelido ao afastamento de suas atividades profissionais, em virtude de punição ou

¹⁴⁴ Em 2001, o regramento da medida provisória ainda não seguia o atual regulamentado pela emenda constitucional nº 32. A MP que não fosse analisada poderia ser renovada indefinidas vezes até que o parlamento votasse a matéria. Por essa razão o lapso entre a edição da MP e sua aprovação pelo congresso a norma vigiu de forma ampla e válida.

¹⁴⁵ Este aspecto da lei será abordado no ponto 2.4 deste capítulo quando analisaremos o “direito fundamental à memória e verdade”.

¹⁴⁶ BRASIL. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008. p.15-16.

de fundada ameaça de punição, por motivo exclusivamente político, vedada a exigência de recolhimento de quaisquer contribuições previdenciárias; conclusão do curso, em escola pública, ou, na falta, com prioridade para bolsa de estudo, a partir do período letivo interrompido, para o punido na condição de estudante, em escola pública, ou registro do respectivo diploma para os que concluíram curso em instituições de ensino no exterior, mesmo que este não tenha correspondente no Brasil, exigindo-se para isso o diploma ou certificado de conclusão do curso em instituição de reconhecido prestígio internacional; e reintegração dos servidores públicos civis e dos empregados públicos punidos, por interrupção de atividade profissional em decorrência de decisão dos trabalhadores, por adesão à greve em serviço público e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional por motivo político.

No tocante aos direitos a Lei de Reparação, ampliou bastante o leque dos marcos legais existentes. Enquanto a Lei de Anistia apenas perdoava os crimes e criava a possibilidade de reversão e ou aposentadoria por ato discricionário da administração e a Lei de Desaparecidos Políticos criava apenas a possibilidade de reparação aos familiares de mortos e desaparecidos políticos, este novo dispositivo criou um rol extenso de direitos que podem ser conferidos ao declarado anistiado político¹⁴⁷

Com relação aos sujeitos legitimados à declaração de anistiado político, o regramento também ampliou o rol estabelecido anteriormente pelo art. 8º do ADCT. De acordo com o art. 2º da lei são legitimados: atingidos por atos institucionais ou complementares, ou de exceção na plena abrangência do termo; punidos com transferência para localidade diversa daquela onde exerciam suas atividades profissionais, impondo-se mudanças de local de residência; punidos com perda de comissões já incorporadas ao contrato de trabalho ou inerentes as suas carreiras administrativas; compelidos ao afastamento da atividade profissional remunerada, para acompanhar o cônjuge; 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-GM5¹⁴⁸; punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de

¹⁴⁷ Anistiado na acepção ampla como explicitado no item “a” deste tópico.

¹⁴⁸ Foi tratado no item “b” deste tópico quando analisamos o art. 8º do ADCT.

pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos, sendo trabalhadores do setor privado ou dirigentes e representantes sindicais; punidos com fundamento em atos de exceção, institucionais ou complementares, ou que sofreram punição disciplinar, sendo estudantes; abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961¹⁴⁹; demitidos, sendo servidores públicos civis e empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações públicas, empresas públicas ou empresas mistas ou sob controle estatal, exceto nos Comandos militares no que se refere ao disposto no § 5º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; punidos com a cassação da aposentadoria ou disponibilidade; desligados, licenciados, expulsos ou, de qualquer forma, compelidos ao afastamento de suas atividades remuneradas, ainda que com fundamento na legislação comum, ou decorrentes de expedientes oficiais sigilosos; punidos com a transferência para a reserva remunerada, reformados, ou, já na condição de inativos, com perda de proventos, por atos de exceção, institucionais ou complementares, na plena abrangência do termo; compelidos a exercer gratuitamente mandato eletivo de vereador, por força de atos institucionais; punidos com a cassação de seus mandatos eletivos nos Poderes Legislativo ou Executivo, em todos os níveis de governo; na condição de servidores públicos civis ou empregados em todos os níveis de governo ou de suas fundações, empresas públicas ou de economia mista ou sob controle estatal, punidos ou demitidos por interrupção de atividades profissionais, em decorrência de decisão de trabalhadores; sendo servidores públicos, punidos com demissão ou afastamento e que não requereram retorno ou reversão à atividade, no prazo que transcorreu de 28 de agosto de 1979 a 26 de dezembro do mesmo ano, ou tiveram seu pedido indeferido, arquivado ou não conhecido e tampouco foram considerados aposentados, transferidos para a reserva ou reformados; impedidos de tomar posse ou de entrar em exercício de cargo público, nos Poderes Judiciário, Legislativo ou Executivo, em todos os níveis, tendo sido válido o concurso.

Já o §1º tratou do regime de anistiado dos vereadores, já que por conta dos Atos Institucionais nº2 e nº7, o mandato dos vereadores

¹⁴⁹ Foi tratado no item “b” deste tópico quando analisamos o art. 8º do ADCT.

passou a não perceberem remuneração¹⁵⁰. Em função a lei trouxe ao vereador apenas a possibilidade de contagem para efeito de aposentadoria no serviço público e previdência social.

Já o §2º do art. 2º assegurou o direito de requerer a correspondente declaração aos sucessores ou dependentes daquele que seria beneficiária da condição de anistiado político.

No tocante às reparações econômicas do anistiado político, a Lei (art. 3º) previu 2 possibilidades de reparação não acumuláveis em hipótese alguma. A reparação econômica em prestação única e a reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada.

A reparação econômica (art. 4º) em prestação única consistirá no pagamento de trinta salários mínimos por ano de punição e será devida aos anistiados políticos que não puderem comprovar vínculos com a atividade laboral. Para o cálculo deste pagamento, considera-se como um ano o período inferior a doze meses. Em nenhuma hipótese o valor da reparação econômica em prestação única poderá ser superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada, nos termos do art. 8º do ADCT, será assegurada aos anistiados políticos que comprovarem vínculos com a atividade laboral, à exceção dos que optarem por receber em prestação única.

O valor da prestação mensal, permanente e continuada, será igual ao da remuneração que o anistiado político receberia se na ativa estivesse considerada a graduação a que teria direito, obedecidos os prazos para promoção previstos nas leis e regulamentos vigentes, e asseguradas às promoções ao oficialato, independentemente de requisitos e condições, respeitadas as características e peculiaridades dos regimes jurídicos dos servidores públicos civis e dos militares e, se necessário, considerando-se os seus paradigmas¹⁵¹.

Para o cálculo do valor da prestação mensal, permanente e continuada, será estabelecido conforme os elementos de prova

¹⁵⁰ AI-2, Art. 10 - Os Vereadores não perceberão remuneração, seja a que título for; AI-7, Art. 4º, §2º - Somente serão remunerados os Vereadores das Capitais e dos Municípios de população superior a 300.000 (trezentos mil) habitantes, dentro dos limites e critérios fixados em lei complementar.

¹⁵¹ Art. 6º, §4º: Para os efeitos desta Lei, considera-se paradigma a situação funcional de maior frequência constatada entre os pares ou colegas contemporâneos do anistiado que apresentavam o mesmo posicionamento no cargo, emprego ou posto quando da punição.

oferecidos pelo requerente, informações de órgãos oficiais, bem como de fundações, empresas públicas ou privadas, ou empresas mistas sob controle estatal, ordens, sindicatos ou conselhos profissionais a que o anistiado político estava vinculado ao sofrer a punição, podendo ser arbitrado até mesmo com base em pesquisa de mercado.

As promoções asseguradas ao anistiado político independem de seu tempo de admissão ou incorporação de seu posto ou graduação, sendo obedecidos os prazos de permanência em atividades previstos nas leis e regulamentos vigentes, vedada a exigência de satisfação das condições incompatíveis com a situação pessoal do beneficiário.

O valor da prestação mensal, permanente e continuada, não será inferior ao do salário mínimo nem superior ao do teto estabelecido na Constituição Federal.

Os valores pagos por anistia não poderão ser objeto de contribuição ao INSS, as caixas de assistência ou fundos de pensão ou previdência, nem objeto de ressarcimento por estes de suas responsabilidades estatutárias. Os valores pagos a título de indenização a anistiados políticos são isentos do Imposto de Renda.

Este é o ponto mais frágil da lei. Produziu uma desigualdade muito grande entre as reparações daqueles que não tinham vínculo laborativo para aqueles que possuíam.

Para os primeiros, a lei ofereceu uma indenização menor em parcela única. Já para os demais a lei destaca indenização vitalícia e mensal, com valor correspondente ao salário que teria, somadas às progressões de carreira e ainda com pagamento retroativo até 1988. Isso faz com que as origens econômicas de cada um determinem seu *quantum* indenizatório perpetuando, por meio da anistia, desigualdades e ainda tornando as medidas reparatórias muito discrepantes. Somente se verifica certa equidade quando as vítimas do 1º grupo no curso de sua perseguição também perderam seus vínculos laborais. Em situações extremas é visto pessoas brutalmente violadas em sua dignidade como sendo vítimas de estupro e tortura, por exemplo, tendo obtido indenizações infinitamente menores do que pessoas que perderam seu vínculo laboral e, posteriormente, foram recompostas¹⁵²

Faltou, evidentemente, à lei individualizar o dano sofrido pela vítima. Vale salientar que no sentido de avaliar e criar mecanismos para

¹⁵² BRASIL. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*: prefácio. Brasília: Ministério da Justiça, 2008. p. 14.

diagnosticar a extensão dos danos patrimoniais e morais da vítima tramita na CCJ do Senado Federal o PLS 517, que tem por finalidade inserir algumas disposições à lei 10.559/02 sobre o cálculo do valor dos danos morais e materiais devidos ao anistiado político e determinar forma de fiscalização das decisões da Comissão de Anistia.¹⁵³

De acordo com o último relatório da comissão de anistia¹⁵⁴, de 2001, ano que entrou em vigor a MP 2151-2 de 27/07/2001 até dezembro de 2008, data da última consolidação dos dados da comissão, foram analisados 46.097 requerimentos de declaração de anistiado sendo 29.909 deferidos e 16.081 indeferimentos. Foram concedidos R\$ 164.651.339,45 em prestação única ao primeiro grupo de anistiados sem vínculo laboral e R\$ 30.601.778,11¹⁵⁵ de indenização permanente e continuada. Concedidos ainda R\$ 2.550.420.251,64 para as indenizações retroativas do 2º grupo de anistiados, aqueles que comprovaram vínculo laboral no período. Sendo que as indenizações retroativas poderão ser pagas na forma e condições estabelecidas pela lei 11.354/06, aos que firmarem Termo de Adesão o valor correspondente aos efeitos retroativos da concessão de reparação econômica fixado em virtude da declaração da condição de anistiado político.

Segundo a comissão, estima-se que serão apresentados ainda cerca de 57 mil requerimentos de concessão de anistia.¹⁵⁶

Não obstante, as indenizações concedidas sofrerem frequentes questionamentos pela imprensa¹⁵⁷, além da reparação material elas se constituem em importante gesto simbólico, este reconhecimento público por parte de autoridades do Estado que desempenham papel

¹⁵³ PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 517 de 2007. Disponível em: <http://www.Senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=82341>. Acesso em: 14 jan. 2011.

¹⁵⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. **Relatório Anual da Comissão de Anistia de 2008**. Brasília: Comissão de Anistia, 2009. p. 79.

¹⁵⁵ Esses valores são só das indenizações. As prestações continuadas e vitalícias são de atribuição da previdência social nos termos dos artigos 40 para o servidores públicos e 201 para o beneficiários do regime geral de previdência social.

¹⁵⁶ Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJABFF735EITEMID48C923D22C804143AB475A47E582E1D8PTBRNN.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2011.

fundamental na superação da exclusão à que foi vítima o perseguido político¹⁵⁸.

3.4 DO DIREITO FUNDAMENTAL À MEMÓRIA E À VERDADE

O direito fundamental à memória e à verdade existem pra garantir instrumentos de não repetição do passado autoritário que o Estado e a sociedade presenciaram. Representa, além de uma reparação simbólica, também uma dimensão individual, coletiva e difusa.

A reconstrução da memória fundada na verdade é, portanto, essencial: é o meio pelo qual se pode readquirir o sentimento de justiça, na medida em que ela fornece o elo de continuidade e de coerência de uma pessoa ou de um grupo. Resgatar a memória, com verdade, permite, ademais, elucidar o que é inconsciente e irracional, trazendo-os para o nível da consciência racional e garantindo um processamento transformador que ao mesmo tempo liberta e condiciona todas as possibilidades de reconciliação.¹⁵⁹

Múltiplos são os instrumentos de construção do direito à verdade e à memória variando de experiência a experiência: tribunais de verdade e conciliação, compilação de processos administrativos e judiciais, acesso a banco de dados públicos, construção de monumentos e memoriais para a lembrança daquele passado, incentivo e indução estatal à pesquisa para construção da memória com verdade.

¹⁵⁸ FERREIRA, Kelen M. M. Acesso à Justiça para as vítimas de Violações de Direitos Humanos pela Ditadura Militar: a experiência da comissão de anistia do ministério da justiça. In: **V Encontro anual da ANDHEP** - Direitos Humanos, Democracia e Diversidade. 17 a 19 de setembro de 2009, UFPA, Belém (PA). p. 05.

¹⁵⁹ BARBOSA, Marco Antonio R.; VANNUCHI, Paulo. Resgate da memória e da verdade: um direito de todos. In: SOARES, Inês Virginia; KISHI, Sandra. Memória e Verdade: **A justiça de transição no estado democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 58.

No Brasil, o direito fundamental à memória e à verdade atravessaram 3 momentos bem distintos e delineados: 1º, o pré-constituente que vai de agosto de 1979 com a Lei de Anistia a 1985 com a publicação do projeto tortura nunca mais; 2º, o que dura de edição da lei 9140/95 à publicação da comissão de mortos e desaparecidos políticos do livro *Direito à verdade e memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos* em 2007; 3º, o momento inacabado, que começa com a publicação daquela obra e segue sendo construído.

3.4.1 1º momento: o Projeto Brasil Nunca Mais

Após a promulgação da anistia em 79, aos poucos o clima de liberdade política volta a restabelecer-se. Embora a tensão no seio do movimento militar continuasse. Atentados contra organizações do movimento social continuam a acontecer no começo dos anos 80. Os episódios da bomba na sede da OAB no Rio de Janeiro e do carro que explodiu no 1º de maio no Rio Centro são os fatos mais significativos¹⁶⁰. Em 1984, cresce o sentimento pela redemocratização do país. O movimento das *Diretas Já* toma conta do país. Apesar da rejeição da emenda Dante de Oliveira, no ano seguinte, Tancredo Neves é eleito o primeiro presidente civil desde 1961.

O Projeto Brasil Nunca Mais¹⁶¹, que resultou no livro *Brasil Nunca Mais*, foi coordenado pela Arquidiocese de São Paulo. Em agosto de 1979, começava a dar seus primeiros passos, no silêncio necessário da discrição e do sigilo. Um reduzido grupo de especialistas dedicou-se, por um período superior a cinco anos, à elaboração de um volumoso.

A pesquisa “Brasil Nunca Mais” (BNM) estudou a repressão exercida pelo Regime Militar a partir de documentos produzidos pelas próprias autoridades encarregadas desse controversa tarefa. Reunindo as cópias da quase totalidade dos processos políticos que transitaram pela Justiça Militar brasileira entre abril de 1964 a março de 1979,

¹⁶⁰ Para uma consulta sobre os atos de terrorismo de Estado após a Lei de Anistia ver: GRAEL, Coronel Dickson. **Aventura, corrupção e terrorismo: à sombra da impunidade**. Petrópolis: Vozes, 1985.

¹⁶¹ ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p.21-27.

especialmente aqueles que atingiram a esfera do Superior Tribunal Militar (STM).

Foram obtidas cópias de 707 processos completos e dezenas de outros incompletos, num total que ultrapassou um milhão de páginas imediatamente micro filmadas em duas vias, para que uma pudesse ser guardada, sem riscos, fora do país. Garantindo assim a continuidade do projeto, caso a redemocratização não se concretizasse.

Sobre o outro conjunto de microfilmes uma equipe se debruçou durante cinco anos, produzindo um relatório, chamado de Projeto A, de aproximadamente cinco mil páginas, contendo informações impressionantes. Cópias restritas do Projeto A foram distribuídas entre universidades, bibliotecas, centros de documentação e entidades voltadas para a defesa dos direitos humanos, no Brasil e no exterior.

Estabelecendo 15 de março de 1979 como data-limite do período a ser investigado, os responsáveis pela pesquisa procuraram assegurar um mínimo de distanciamento histórico em relação à repressão política enfocada. E, mais que isso, evitaram apreciar fatos ainda em desenvolvimento.

Recuperando a história das torturas, dos assassinatos de presos políticos, das perseguições policiais e dos julgamentos tendenciosos, a partir dos próprios documentos oficiais que procuravam legalizar a repressão política daqueles quinze anos chegou-se a um testemunho irrefutável tanto cientificamente quanto metodologicamente.

A denúncia que uma vítima de tortura faz perante uma entidade de direitos humanos não questiona tão frontalmente as autoridades governamentais, quanto à verificação de que a mesma fora apresentada em tribunal, confirmada por testemunhas e até mesmo registrada em tribunal, registrada em perícias médicas, sem que daí resultasse qualquer providência para eliminar tais práticas, responsabilizando criminalmente seus autores.

O relatório começa situando, como estudo de referência, a evolução das instituições políticas do Brasil entre 1964 e 1979, partindo dos antecedentes do Regime Militar e a montagem do aparelho de repressão erguido sobre o alicerce da Doutrina de Segurança Nacional.

Em seguida, são apresentadas as características metodológicas da pesquisa, a classificação dos processos quanto à natureza dos atingidos (organizações de esquerda, setores sociais e atividades) e explicados os instrumentos que serviram para a coleta de dados. Nesse capítulo, é também explicada a constituição de um acervo separado de dez mil

documentos políticos que estavam anexados aos processos, que será de grande valia para qualquer pesquisa futura sobre o movimento sindical brasileiro, a luta dos estudantes, a história das organizações clandestinas de esquerda.

O terceiro passo do relatório é uma discussão pormenorizada dos resultados da pesquisa no campo mais estritamente jurídico, mediante comparação entre o que as leis, mesmo as leis criadas pelo Regime Militar, determinavam e o que realmente aconteceu nos inquéritos e processos judiciais.

Segue-se, então, uma sequência de transcrições de depoimentos relatando torturas, num total aproximando de dois mil e setecentas páginas datilografadas. São denúncias firmadas em juízo, com nomes de torturadores, de centros de sevícias, de presos políticos assassinados, de “desaparecidos”, de infâmias sem conta.

Desde seus primeiros passos, em agosto de 1979, até sua conclusão, em março de 1985, o Projeto de Pesquisa “Brasil Nunca Mais” não teve outro objetivo que não fosse o de materializar o imperativo escolhido como título da investigação: que nunca mais se repitam as violências, as ignomínias, as injustiças, as perseguições praticadas no Brasil de um passado recente.

O projeto Brasil Nunca Mais foi elaborado nos debates da constituinte numa acalorada disputa sobre qual seria a formatação do Estado brasileiro. Foi elaborado por um setor da sociedade civil. Nas sociedades em transição geralmente os primeiros trabalhos que se referem ao passado autoritário são produzidos pela sociedade civil ou pela academia. Louis Bickford dirá nomear estas iniciativas de *Unofficial Truth Projects* (UTPs)¹⁶². Para o autor:

Estes esforços compartilham certas características entre si, mas eles também são muito diversos. Suas características mais importantes, são: 1) são voltadas para revelar a verdade sobre os crimes cometidos no passado como um componente de uma estratégia mais ampla de responsabilidade e de justiça; 2) em seu esforço, eles conscientemente ou por acaso lembram de

¹⁶² BICKFORD, Louis. **Unofficial truth projects**: human rights quarterly. New York: ICTJ, 2006. p. 01.

comissões da verdade oficial de que foram criadas em países tão diferentes como Chile, Marrocos, África do Sul, Serra Leoa e OrienteTimor) estes esforços particulares estão enraizados na sociedade civil-organizada e dirigida por ONGs de direitos humanos, grupos de vítimas, universidades e outras organizações da sociedade e não são essencialmente esforços baseado no estado.¹⁶³

Esta atitude não foi um fato isolado da transição brasileira. Outros exemplos de estados em transição utilizaram deste recurso, mesmo que de forma instintiva, ou seja, sem saber que estavam contribuindo para transição do estado ao qual participavam naquele momento. O próprio autor enumera os exemplos na tabela formulada a seguir:

¹⁶³ Lê-se no original: These efforts share certain characteristics among themselves, but they are also very diverse. Their most important attributes, for the purposes of this paper, are (1) that they are geared towards revealing the truth about crimes committed in the past as a component of a broader strategy of accountability and justice; (2) that in their effort to do so, they self-consciously or coincidentally resemble official truth commissions that have been created in countries as different as Chile, Morocco, South Africa, Sierra Leone, and East Timor; but that (3) these particular efforts are rooted in civil society—hosted and driven by human rights NGOs, victim groups, universities, and other societal organizations and are not primarily state-based efforts. With these characteristics in mind, I refer to this loose category of transitional justice strategies as Unofficial Truth Projects (UTPs). (tradução nossa)

Tabela 2: Estratégias de *Unofficial Truth Projects* utilizadas por estado em transição: Panorama

	Breaking the Silence (Zimbabwe)	Serpaj/ Uruguay	Brazil Nunca Mais (Brazil)	Ardoyne (Irlanda do Norte)	Remhi (Guatemala)	Greensboro (EUA)	Projeto de história do Iraque	Centro de documentação do Camboja	Centro de Direito Humanitário da ex-Iugoslávia
Temporário ?	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Não
Organizado por?	ONG de direitos Humanos	ONG de direitos Humanos	Arquidiocese de São Paulo	Associação de vítimas e parentes	Arquidiocese ONG's	Associação de vítimas e parentes	ONG Internacional/Universidade Norte Americana	Centro de Documentação NGO	Centro de Documentação NGO
Feito em um momento de transição?	Sim, duração de 10 anos após acordo de transição.	Sim, transição prolongada.	Sim, transição prolongada.	Sim, pelo acordo da sexta-feira santa.	Sim, acordo de paz.	Não	Sim, intervenção militar norte-americana.	Sim, transição democrática programada.	Sim, após a instalação do tribunal da Iugoslávia.
Focada nas violações dos Direitos Humanos?	Sim: espancamentos; homicídios; desaparecendo; detenção; fome; deslocamento	Sim: exílio; tortura psicológica; prisão	Sim, Tortura, sequestro, desaparecimentos	99, pessoas mortas pelas agências de segurança britânica no conflito.	Sim, tortura e desaparecimento dos povos Maias	05 pessoas mortas e 10 feridas pela Ku Klux Kan e por Nazistas	Sim, repressão política	Sim, genocídio, tortura e prisão	Crimes de guerra, contra humanidade e genocídio
Focado em passado recente?	Sim, 1980 à 1989	Sim, 1973 à 1985	Sim, 1964 à 1979	Sim, de 1966 à 1999	Sim, de, 1954 à 1999	Apenas indiretamente, análise específica do ano de 1979	Sim durante a ascendência do Partido Baath regra entre 1968-2003	Sim, de 1975 à 1979	De 1991 à 2001
Qual método de coleta de informações ?	Testemunhal	Testemunhal com pesquisa documental	Pesquisa documental de processos judiciais	Testemunhal	História Oral	Testemunhal via audiências Públicas.	Entrevistas no formato de comissões da verdade.	História Oral e pesquisa documental	História Oral e pesquisa documental
Produziu relatório final com recomendações?	Sim	Sim, livro	Sim, livro	Sim, livro	Sim	Sim	Sim, além de outros relatórios	Não, porém foram produzidas uma série de publicações	Não, porém foram produzidas uma série de publicações

Fonte: BICKFORD, 2006, p. 10.

O projeto Tortura Nunca Mais representou o primeiro marco da justiça de transição no Brasil, apresentando inclusive subsídios para o estado promover suas reparações. Uma prova bastante salutar disso é que a lei de desaparecidos políticos, já enfrentada neste trabalho utilizou no seu anexo a lista de desaparecidos catalogada pelo projeto¹⁶⁴.

3.4.2 2º momento: o livro *Direito à Memória e Verdade*

O segundo momento do trato do direito fundamental à memória e verdade foi protagonizado pelo Estado de forma institucional. As leis de desaparecidos políticos e de reparação, além de terem um cunho reparativo, como já observado no primeiro tópico deste capítulo, gerou um grande banco de dados com informações ainda não coletadas anteriormente. Dessa forma, após 12 anos de trabalho a comissão de mortos e desaparecidos políticos editou o livro *Direito a Memória e Verdade*.

Com a sistematização dos trabalhos evidenciou-se que, além dos 136 desaparecimentos já explicitados no anexo I da lei 9140/95, outros 339 casos de desaparecimentos e mortes foram constatados e admitidos à responsabilidade do Estado.

O Dossiê relata, pormenorizadamente, o histórico desses personagens até então desconhecidos da história recente brasileira, assumindo assim sua responsabilidade e reparando tanto material quanto simbolicamente as vítimas.

Uma boa iniciativa da comissão neste período foi o banco de dados genético construído com material dos familiares das vítimas visando à comparação e identificação com certeza científica dos restos

¹⁶⁴ Essa lista do projeto de 1985 foi atualizada pelo grupo tortura nunca mais de Pernambuco e Rio de Janeiro em conjunto já com a comissão de mortos e desaparecidos criada pela lei 9140/95 acrescentando em seu rol ainda mortos e desaparecidos após 1979 ano que se encerrou o projeto e mortos e desaparecidos no exílio fora do país. Ver: ARAÚJO, Maria do Amparo Almeida. et al. **Dossiê dos mortos e desaparecidos políticos a partir de 1964**. Prefácio de Don Evaristo Arns. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1995.

mortais que ainda venham a ser localizados, bem como de ossadas já separadas para exame¹⁶⁵.

A partir deste momento evidenciaremos o momento mais rico do direito à verdade e à memória brasileira que começou a ser esboçado e priorizado pela comissão de mortos e desaparecidos e pela comissão especial de anistia a partir de 2007.

3.4.3. Momento atual

Com as estratégias de reparação das vítimas, familiares e desaparecidos políticos, o Ministério da Justiça, após o lançamento do livro *Direito à Verdade*, vem se debruçando de forma mais sistemática nesse eixo da justiça transicional.

A partir de 2007 muitas iniciativas de resgate da construção da memória com verdade vêm sendo gestadas. “As caravanas da anistia consistem na realização de sessões públicas itinerantes de apreciação de requerimentos de anistia política acompanhadas por atividades educativas e culturais, promovidas pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça.”¹⁶⁶

As caravanas, na verdade, são sessões das plenárias dos julgamentos administrativos dos pedidos de declaração de anistia feitas de forma descentralizada. Segundo Pires as caravanas da anistia contribuem para os seguintes avanços no processo justransicional brasileiro e promovendo assim uma forte contribuição à educação em direitos humanos:

Reapropriação do conteúdo histórico-originário da anistia política brasileira;
 Democratização do acesso à justiça;
 Construção de uma justiça restaurativa;

¹⁶⁵ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos**. Brasília: Secretaria Especial dos direitos humanos, 2007. p. 17.

¹⁶⁶ PIRES, Paulo Abrão Junior. et al. As caravanas da anistia: um mecanismo privilegiado da justiça de transição brasileira. In: **II IDEJUST**. São Paulo, 2010. p. 1-25.

Mobilização social em torno da necessidade de uma justiça de transição;
Promoção de uma cultura jurídico-política fundamentada na educação para os direitos humanos e para o direito à memória e à verdade.¹⁶⁷

Outro projeto interessante que vem sendo desenvolvido no âmbito da comissão de anistia é o projeto *Marcas da Memória*. Seu objetivo principal é estimular práticas que deem visibilidade ao processo de transição brasileiro, a luta pela anistia com foco especial na memória pela perspectivas dos perseguidos políticos. O projeto tem as seguintes frentes de atuação:

Audiências Públicas: atos para promover processos de escuta pública dos perseguidos políticos sobre o passado e suas relações com o presente;

História Oral: entrevistas com perseguidos políticos, baseada em critérios teórico-metodológicos próprios da História Oral;

Fomento a iniciativas da Sociedade Civil: por meio de Chamadas Públicas a Comissão selecionou projetos de preservação, de memória, de divulgação e difusão advindos de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos.

Publicações: visando a preservação da memória com verdade do período.¹⁶⁸

¹⁶⁷PIRES, 2010, p. 06.

¹⁶⁸BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Boletim Informativo da Comissão de Anistia nº 54**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2010.

3.4.4 Dificuldades ainda não enfrentadas

Apesar de certos avanços no que tange a construção de uma memória com verdade nos horizontes do passado do Regime Militar brasileiro, algumas questões importantes têm encontrado restrições e ainda não foram enfrentadas. Entre as principais temos: A vigência da lei 11.111/05, que manteve os arquivos oficiais da ditadura como de segurança nacional, não podendo serem consultados; a retirada do PL7.376/10 que visa criar uma comissão de verdade e memória no Brasil; e ainda o cumprimento da sentença da 1ª vara federal do Distrito Federal do Tribunal Federal da 1ª região de nº820024682-5 classe: 1900 de 19/02/1982¹⁶⁹ prestar esclarecimentos sobre a guerrilha do Araguaia.

a) Acesso aos arquivos do período

Direito à Comunicação
 Acesso ao conhecimento
 Democratização da mídia
 Liberdade ao pensamento
 Formação/Informação
 Em crescente movimento...¹⁷⁰

A partir da promulgação da carta constitucional de 1988 o ordenamento brasileiro passou a consagrar com pelo menos 50 anos de atraso as gerações de Direitos Humanos Fundamentais¹⁷¹ consagrada nas declarações de direito no prisma internacional.

¹⁶⁹ BRASIL. 1ª Vara Federal do Distrito Federal. **Processo nº 820024682-5**. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/>>. Acesso em: 27 jan. 2011.

¹⁷⁰ DOURADO, Gustavo. **Trechos do poema em Cordel "Direitos Humanos"**. Disponível em: <<http://blogs.abril.com.br/cordel?pageno=3>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

¹⁷¹ Sabemos da distinção feita pela maioria da doutrina sobre o conceito de direitos humanos e de direitos fundamentais. Optamos por discordar desta definição por acreditar que ambos têm o mesmo conteúdo material. Ficamos com a posição de Perez Luño que aborda-os indistintamente. Ver: CASTRO, J. L. Cascajo; CID, B. Castro; TORRES, C. Gómez; LUÑO, A. E. Pérez. **Los derechos humanos**: significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979. p. 81.

O art. 60 §4º, IV estabeleceu que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais”. Vários são dispositivos ao longo do texto constitucional que provêm o direito fundamental a memória a verdade e a informação por parte do Estado. Dentre eles podemos destacar: Art.1º, I, III são fundamentos do Estado brasileiro a soberania e a dignidade da pessoa humana. Art. 3º, I, IV “são objetivos do Estado brasileiro: construir uma sociedade livre, justa e solidária; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Art. 5º XXXIII “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Além do direito fundamental à informação, ao acesso, à verdade e a memória o próprio texto original da Constituição previu remédios constitucionais para salvaguarda destes direitos, no art. 5º XXXIV quando o texto consagra o direito de petição aos poderes públicos, e ainda no art. 5º LXXII quando prevê o instituto do *Habeas Data* “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”

Ocorre que, apesar do avanço no direito à informação conseguido pelo trabalho da comissão de anistia do Ministério da Justiça que tem avaliado os casos e disponibilizado publicamente os dados coletados por meio de audiências públicas, uma revista especializada, livros publicados.

Ocorre que, ainda está em vigor a lei 8159/91 que dispõe sobre a Política Nacional de arquivos públicos e privados em seu art. 23 escalonou os arquivos públicos considerados sigilosos numa escala de 30 a 100 anos prorrogáveis por mais uma vez.

O decreto 4553/02 que regulamenta a lei 8159 em seu artigo 7º trata os arquivos de segurança Nacional como ultrassecretos tendo prazo de 30 anos prorrogáveis por uma vez.¹⁷²

¹⁷² Art. 23. Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos. § 1º Os documentos cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles

Infelizmente, devido à pressão exercida pelo ministério da defesa e pelos setores mais conservadores da sociedade o governo do presidente Lula promulgou a lei 11.111/05, que regulamentou o art. 5º XXXIII : “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”; mantendo os antigos dispositivos sobre o direito ao acesso ao documento tidos como ultrassecretos em respeito a soberania nacional . Reserva esta, que fere todos os consensos extraídos de 200 anos de estado moderno no que tange a eficácia vertical dos direitos fundamentais em face do estado.

Vale salientar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.228, de 2009 que regulamenta o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Nele é alterado o prazo proteção dos arquivos e, ainda no seu art. 16 diz que: “Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos, praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas, não poderão ser objeto de restrição de acesso.” Seu art. 40 revoga expressamente o que dispõe as leis 8159/91 e 11.111/05 sobre os prazos de proteção.¹⁷³

E ainda está pendente para julgamento a ação direta de inconstitucionalidade 4077/DF¹⁷⁴ que questiona a validade das leis 8159/91 e 11.111/05 que regulamenta o acesso aos arquivos considerados de segurança nacional. Como se ao estado coubesse arguir questão de segurança contra seus próprios jurisdicionados.

necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas são originariamente sigilosos; § 2º O acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado será restrito por um prazo máximo de 30 (trinta) anos, a contar da data de sua produção, podendo esse prazo ser prorrogado, por uma única vez, por igual período; § 3º O acesso aos documentos sigilosos referente à honra e à imagem das pessoas será restrito por um prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da sua data de produção.

¹⁷³ BRASIL. Gabinete da presidência da República. **Projeto de Lei 5228/09**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Quadros/quadro_PL/2009.htm>. Acesso em: 31 jan. 2011.

¹⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Informativo 584**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI4077/df&numero=584&pagina=2&base=INFO>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

Os acessos a estes arquivos classificados por decreto presidencial como ultrassecretos é de fundamental importância para que, além de permitir que o Estado e a sociedade enfrentem seu passado com verdade, possa também garantir aos familiares de desaparecidos políticos o direito a - histórico de enterrar seus pares.

b) A sentença do processo nº 820024682-5: A Guerrilha do Araguaia.

Na Guerrilha do Araguaia
Morreu muitos Brasileiros
Políticos e Camponês
Mais teve uns que sofreram
Sendo assim torturado
Passando por desespero

Quando fala na Guerrilha
Tem gente que não conhece
Mais tem alguns que tem medo
E tudo logo se esquece
E quem escapou da morte
Ainda hoje padece [...] ¹⁷⁵

Entre os anos de 1972 e 1975, período de ditadura civil-militar, as Forças Armadas brasileiras realizaram uma série de operações militares na região sul do estado do Pará, na divisa com os estados do Maranhão e Tocantins, que compreendia uma área de aproximadamente 7.000 km², com o objetivo de erradicar a chamada Guerrilha do Araguaia¹⁷⁶. Tratava-se de um agrupamento de homens e mulheres, membros do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e camponeses locais, que haviam implantado uma guerrilha de oposição ao Regime Militar na região. Durante as operações, os agentes da ditadura foram autores de graves

¹⁷⁵ Trechos do poema "**Guerrilha do Araguaia; tortura dor e sofrimento**". Literatura de Cordel.

¹⁷⁶ NASCIMENTO, Durbens Martins. **A Guerrilha do Araguaia: paulistas e militares na Amazônia**. Dissertação (Mestrado Internacional em Planejamento do Desenvolvimento). Programa de pós-graduação em desenvolvimento sustentável do trópico úmido. Universidade Federal do Pará, Belém, 2000. p. 16.

violações aos direitos humanos como detenções ilegais e arbitrárias, torturas das mais cruéis (muitos tiveram mãos e cabeças cortadas), execuções sumárias e desaparecimentos forçados perpetradas contra os militantes do PCdoB e os camponeses da região; cerca de 70 guerrilheiros estão desaparecidos desde então.

A campanha das forças militares do exército é considerada até os dias de hoje como a maior campanha militar das Forças Armadas brasileiras desde a tomada de Monte Castelo na segunda guerra mundial. Foram necessárias 3 campanhas militares ostensivas e mais de 12.000 mil soldados para dissolver a guerrilha¹⁷⁷.

O PCdoB foi constituído de uma dissidência do antigo PCB. Adotava a tática revolucionária maoísta, ou seja, acreditava que a revolução socialista viria da conscientização das massas a partir das zonas rurais atingindo a seguir as esferas urbanas. Desde 1966 a direção partidária começou a preparar a estrutura para agir naquela região. Tinham como quadros além de dirigentes do partido militantes de outras organizações perseguidos dos centros urbanos que atuavam. Devido à pouca quantidade de militantes envolvidos e a parca estrutura de equipamentos e armamentos pode-se afirmar que a guerrilha teve apoio da população local para uma ação que resistiu durante quase 4 anos a intensa perseguição por parte das Forças Armadas. Segundo Clóvis Moura:

É por volta de 1967 que ela começa a se organizar. Surge em decorrência da necessidade de se enfrentar a ditadura terrorista pela luta armada. Solução extrema, quando as contradições chegam a um grau tão agudo que não há outra possibilidade de solução, a luta armada se apresentava para todos que desejavam o fim da ditadura como o único caminho viável. A partir desta data o grupo guerrilheiro começa a se aglutinar, ligar-se a massas da região do Araguaia, palco de sangrentas lutas entre camponeses e donos de terra, grileiros e representantes do fisco. Os guerrilheiros, vindos de várias partes do país, procuram tomar contato com os camponeses,

¹⁷⁷ MONTEIRO, Adalberto. Mais de 30 anos depois a guerrilha continua a vicejar. **Guerrilha do Araguaia**. 4. ed. São Paulo: Anita Garibaldi. 2005. p. 7.

vivem com eles, discutem com eles, partilham de sua situação de oprimidos

Em que pese o sacrifício desmedido de instalar um núcleo guerrilheiro numa região tão inóspita e a ingênua leitura de que aquele movimento iria eclodir num país de tamanho continental como o Brasil, algumas perguntas sobre o Araguaia permanecem sem resposta. Apesar das intenções reais da direção do PCdoB fossem de derrubar o regime e instalar um estado socialista no Brasil, foi o exército que iniciou o conflito armado diferente do que aconteceu nas zonas urbanas. Será que o interesse dos militares era tão somente acabar com o foco “subversivo”? Quais eram os verdadeiros objetivos geopolíticos que fizeram com que as Forças Armadas mobilizassem um contingente de 12 mil homens e construíssem mais 5 quartéis no entorno do conflito¹⁷⁸? Luis Carlos Antero pondera que:

Muito mais que uma coincidência, a história de Serra Pelada começava em 1976, ano seguinte à proclamação oficial do fim da guerrilha do Araguaia, quando um geólogo do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) encontrou amostras de ouro no sul do Pará [...]. O sigilo foi quebrado em 1977, quando a companhia Vale do Rio Doce, que tinha os direitos sobre a Jazida, anunciou a existência de ouro.¹⁷⁹

A região é até hoje um dos focos de maior violência de disputas fundiárias e pelo domínio do garimpo. Seguidas mortes de lideranças da lavoura e do garimpo seguem sem desfecho. E um dos maiores atores destes conflitos é justamente um dos oficiais responsáveis pelo comando militar na região, o Coronel reformado Sebastião Rodrigues Moura, o Curió. Após o conflito ele foi nomeado no governo Figueiredo como interventor do garimpo de Serra Pelada, depois eleito prefeito e deputado federal pela região algumas vezes e, não contente, em 1988

¹⁷⁸ GUERRILHA DO ARAGUAIA, 2005, p. 09.

¹⁷⁹ Idem, *Ibidem*, p. 29.

fundou seu próprio município que por “coincidência” foi batizado de Curionópolis.¹⁸⁰

Devido a esses fatos, em 19 de fevereiro de 1982, foi ajuizada uma ação de responsabilidade civil contra a União, perante a Justiça Federal, no Distrito Federal, na qual figuram como autores: Eloa Cunha Brum, Edwin Costa, Luiza Monteiro Teixeira, Antônio Pereira de Santana, Elza Pereira Coqueiro, Alzina Costa Reis, Victoria Lavínia Grabois Olímpio, Rosalvo Cipriano de Souza, Roberto Valadão Almokdice, Helena Pereira dos Santos, Julieta Petit da Silva, Aminthas Rodrigues Pereira, Zeli Eustáquio Fonseca, Acary Vieira de Souza, Walter Pinto Ribas, Consueto Ferreira Callado, Elza Conceição Bastos, Cyrene Moroni Barros, Ermelinda Mazzaferro Bronca, Julia Gomes Lund, Maria Leonor Pereira Marques, Lulita Silveira e Silva, quando familiares de desaparecidos políticos na Guerrilha do Araguaia, solicitavam o esclarecimento das circunstâncias das mortes, bem como a localização dos restos mortais e os respectivos atestados de óbitos daqueles militantes.

Decorridos sete anos, em 27 de março de 1989, o juiz Vicente Leal Araújo expediu uma sentença em que julgava extinto o referido processo sem julgamento do mérito. Os autores apelaram dessa sentença, em 18 de setembro de 1989, ao Tribunal Regional Federal que, somente em 17 de agosto de 1993, deferiu o recurso por unanimidade.

No entanto, a União recorreu ao Superior Tribunal de Justiça e o processo se arrastou durante vinte e um anos quando, somente em 30 de junho de 2003, foi assinada a sentença 307/2003 pela juíza titular da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dr^a. Solange Salgado da Silva Ramos de Vasconcelos, determinando:

1 – A quebra do sigilo das informações militares relativas a todas as operações realizadas no combate à guerrilha do Araguaia;

2 – A ré que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias informe a este juízo onde estão sepultados os restos mortais dos familiares dos autores, mortos na guerrilha do Araguaia, bem como para que proceda ao traslado das ossadas, o sepultamento

¹⁸⁰ GUERRILHA DO ARAGUAIA, 2005, p. 27.

destas em local a ser indicado pelos autores, fornecendo-lhes, ainda, as informações necessárias à lavratura das certidões de óbito;

3 – à ré que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, apresente a este juízo todas as informações relativas à totalidade das operações militares relacionadas à guerrilha, incluindo-se, entre outras, aquelas relativas aos enfrentamentos armados com os guerrilheiros, à captura e detenção dos civis com vida, ao recolhimento de corpos de guerrilheiros mortos, aos procedimentos de identificação dos guerrilheiros mortos quaisquer que sejam eles, incluindo-se as averiguações dos técnicos/peritos, médicos ou não, que desses procedimentos tenham participado, as informações relativas ao destino dado a esses corpos e todas as informações relativas à transferência de civis vivos ou mortos para quaisquer áreas. Para o integral cumprimento desta decisão determino à ré que, sendo necessário, proceda à rigorosa investigação, no prazo de 60 (sessenta) dias, no âmbito das Forças Armadas, para construir quadro preciso e detalhado das operações realizadas na guerrilha do Araguaia, devendo para tanto intimar a prestar depoimento todos os agentes militares ainda vivos que tenham participado de quaisquer das operações, independente dos cargos ocupados à época, informando a este juízo o resultado dessa investigação. Ultrapassado o prazo de 120 (cento e vinte) dias sem o cumprimento integral desta decisão,

4 – condeno a ré ao pagamento de multa diária que fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) [...] ¹⁸¹

Com base no exposto, as famílias dos desaparecidos apresentaram petição inicial à Comissão Interamericana de Direitos

¹⁸¹ BRASIL. 1ª Vara Federal do Distrito Federal. **Sentença nº 307/03**. União x parentes e familiares de desaparecidos da Guerrilha do Araguaia. Solange Salgado da Silva Ramos de Vasconcelos. 17 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/processos/processossecaoora/consprocsecao.pub.php?secao=df&proc=8200246825&sec=3400&var=1&ntp=17 jul 2003&mat=59&tpb=4&seq=2>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

Humanos, em 7 de agosto de 1995 e continuaram exigindo justiça e verdade. Em 26 de março de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou esta demanda à Corte Interamericana de Direitos Humanos, solicitando que fosse determinada responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelo descumprimento de suas obrigações internacionais ao incorrer em violações da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁸². Contudo até o presente momento apesar dos avanços no direito à memória com verdade, nem essa sentença, nem a sentença recém-prolatada da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁸³ foi cumprida pelo Estado brasileiro.

c) O PNDH3, a comissão da verdade brasileira e o *PL 7.376/10*.

A imprensa e setores mais conservadores da sociedade brasileira noticiaram com bastante rebuliço a publicação do decreto 7037/09 de 21/12/2009 que instituiu com fulcro no art. 84, VI, a da Constituição federal o PNDH3 (Plano Nacional de Direitos Humanos 3).

O plano de direitos humanos elaborado pelo governo é fruto de resoluções extraídas em centenas de conferências consultivas com a participação de vários segmentos da sociedade entre eles: CNBB, OAB, ABI, UNE, MST, Sindicatos, ONG's que militam na frente dos direitos humanos, representantes do Estado, da Academia entre outros, chegando a mobilizar cerca de 50.000 ativistas.¹⁸⁴

Um dos pontos do programa que mais causou alvoroço foi o Eixo Orientador VI: Direito à Memória e à Verdade. Neste eixo foram incluídas 3 diretrizes:

- a) Diretriz 23: Reconhecimento da memória e da verdade como Direito Humano da cidadania e dever do Estado;
- b) Diretriz 24: Preservação da memória histórica e construção pública da verdade; e

¹⁸² A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos será tratada no último tópico deste Capítulo.

¹⁸³ A sentença da Corte Interamericana foi prolatada em 24 nov. 2010.

¹⁸⁴ ARBEX, José Jr. Lula Recua e dá mais Fôlego à ofensiva da Direita. **Revista Caros Amigos**, São Paulo, ano 13, n. 155, fev. 2010. p. 07 .

c) Diretriz 25: Modernização da legislação relacionada com promoção do direito à memória e à verdade, fortalecendo a democracia. Parágrafo único. A implementação do PNDH-3, além dos responsáveis nele indicados, envolve parcerias com outros órgãos federais relacionados com os temas tratados nos eixos orientadores e suas diretrizes.

A diretriz 25 apontou para a modernização da legislação para a promoção do direito a verdade e memória. No dia 13/01/2010 o gabinete da presidência da república expediu um decreto¹⁸⁵ criando um grupo de trabalho interministerial com representantes da Casa Civil, Ministério da Justiça, Ministério da Defesa, Secretaria Especial de Direitos Humanos, Comissão de Anistia, Comissão Especial de Familiares de Mortos e Desaparecidos. O projeto, segundo o decreto deveria ficar pronto até abril de 2010 e ser enviado para apreciação no congresso.

Nesse ponto, segundo retratado por grande parte da mídia escrita e televisionada, o governo teria feito um pacto com a ideologização do país, estaria ferindo um acordo que teria trazido o retorno a realidade democrática, estaria procedendo a revanchismo institucional, teria a finalidade de julgar e prender os agentes do Estado, acabando assim com a anistia e ainda buscando reescrever a história oficial do país de acordo com a vontade da elite política que prevalece apenas momentaneamente. Infelizmente, devido ao momento pré-eleitoral o PL 7.376/10 foi retirado da agenda política do governo federal e a tramitação do projeto inalterada desde 27/05/2010.¹⁸⁶

No mundo todo, foram constituídas mais de 30 Comissões da Verdade, em contextos de transição política, superação de conflitos armados internos ou de períodos ditatoriais. Apesar dos diferentes contextos históricos, políticos, sociais, legais e culturais e das diferentes dinâmicas e formatos adotados, todas as Comissões tiveram como objetivo principal promover a reconciliação nacional, por intermédio da

¹⁸⁵ BRASIL. Gabinete da Presidência da República. **Decreto 13/10**. Disponível em: <<http://www.prosaepolitica.com.br/2010/jan/14/decreto-que-cria-a-comissao-da-verdade-e-publicado-no-dou/>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

¹⁸⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 7376/2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=478193>. Acesso em: 31 jan. 2011.

revelação, registro e compreensão da verdade sobre o passado de violações de direitos humanos nos respectivos países. Como exemplos emblemáticos podemos citar a *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP)*¹⁸⁷, constituída na Argentina, que teve como escopo a investigação dos casos de desaparecimentos forçados, ocorridos durante o regime de exceção enfrentado por aquele país, e a *Truth and Reconciliation Commission (TRC)*¹⁸⁸ constituída na África do Sul, com escopo de apurar violações de direitos humanos ocorridas no período do *Apartheid*, buscar indenizações e instaurar processos de anistia.

A instalação de uma comissão da verdade e reconciliação no Estado brasileiro deve se pautar na experiência de outras comissões assimilando assim seus aspectos positivos e refutando seus aspectos negativos.

A Comissão Nacional da Verdade foi proposta pelo executivo através do projeto de lei 7.376/10¹⁸⁹. A proposta de criação da comissão tem como função esclarecer graves violações de direitos humanos no período do Regime Militar (art. 1º). Será composta de forma pluralista, integrada por sete membros, designados pelo Presidente da República, entre brasileiros de reconhecida idoneidade e conduta ética, identificados com a defesa da democracia e institucionalidade constitucional, bem como com o respeito aos direitos humanos.

Tem como objetivos dispostos no art. 3º do PL: esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos; promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior; identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionadas à prática de violações de direitos humanos; encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, colaborar com todas as instâncias do Poder

¹⁸⁷ VARSKY, 2005, p. 115.

¹⁸⁸ CINTRA, Antônio. **As comissões de verdade e reconciliação: o caso da África do Sul/estudo consultoria legislativa**. Brasília: Centro de documentação e informação coordenação de biblioteca, 2001.

¹⁸⁹ BRASIL. Gabinete da Presidência da República. **Projeto de Lei 7376/2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Quadros/quadro_PL/2010.htm>. Acesso em: 4 fev. 2011.

Público para apuração de violação de direitos humanos; recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos e também colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

O art. 4º estabelece algumas prerrogativas da comissão para consecução de seus objetivos entre eles: receber testemunhos, informações, dados e documentos que lhe forem encaminhados voluntariamente, assegurada a não identificação do detentor ou depoente, quando solicitado; requisitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do Poder Público, ainda que classificados em qualquer grau de sigilo; convocar, para entrevistas ou testemunho, pessoas que possam guardar qualquer relação com os fatos e circunstâncias examinados; determinar a realização de perícias e diligências para coleta ou recuperação de informações, documentos e dados; promover audiências públicas; requisitar proteção aos órgãos públicos para qualquer pessoa que se encontre em situação de ameaça, em razão de sua colaboração com a Comissão Nacional da Verdade; promover parcerias com órgãos e entidades, públicos ou privados, nacionais ou internacionais, para o intercâmbio de informações, dados e documentos; e requisitar o auxílio de entidades e órgãos públicos.

As comissões da verdade em geral têm de ser analisadas sobre um triplo aspecto para gerar uma cultura estatal de não reprodução de conflitos. Resgatar a memória com verdade, produzir um ambiente cultural de tolerância e conciliação nacional, produzir exemplos contra motivadores. O foco dessas comissões não devem ser os violadores de direitos humanos e sim as vítimas. Para Eduardo González, ex-conselheiro da comissão da verdade e conciliação do Peru:

A prática recente sugere que novas estratégias para busca da verdade estão sendo construídas e aperfeiçoadas em comparação com as primeiras comissões. Em dado momento as comissões era percebidas como uma medida temporária, um instrumento para ganhar tempo em busca da “verdadeira justiça”. Hoje se reconhece, com maior clareza, que a busca da verdade é um valor

em si mesmo não menor do que esclarecimentos as responsabilidades penais [...].^{190 191}

O autor classifica as comissões da verdade criadas em 3 gerações¹⁹². A primeira geração, que já está completando 1/4 de século, teve como seu maior símbolo a *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP)* da Argentina. Essas comissões tiveram um papel importante na consolidação da Justiça de transição na órbita internacional inclusive em suas esferas normativas¹⁹³. Todavia, em geral tinham a função de estabilizar temporariamente o regime de transição com foco na judicialização e na futura responsabilização dos agentes violadores, o que em geral atrapalhava o processo coleta de dados para o resgate da verdade e da conciliação.¹⁹⁴

A segunda geração destas comissões, segundo o autor, seriam aquelas influenciadas pelas transições Africanas e Asiáticas, cujo maior exemplo sem dúvida foi a *Truth and Reconciliation Commission da África do Sul*.

É formatada para explorar formas de enriquecer a pesquisa do passado com os mecanismos de justiça tradicional menos focados no aspecto

¹⁹⁰ González, Eduardo C. Tendencias en la Búsqueda de la Verdad. In: **Anuario de Derechos Humanos 2007**. Santiago: Universidad de Chile, 2007. p.103. Disponível em: <<http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/anuarios/>>. Acesso em: 4 fev. 2011. (tradução nossa)

¹⁹¹ Lê no original: "Ahor bien, diversas señales de la práctica reciente parecen indicar que nuevos ejercicios de diseño y ejercicio de búsqueda de la verdad intentan ir más allá de los mitos fundacionales que estuvieron detrás de comisiones previas. Ha pasado, así, el momento en que las comisiones se percibían como una medida provisoria, un instrumento para ganar tiempo en ausencia de "justicia real": hoy se reconoce con mayor claridad que la búsqueda de la verdad es un valor en sí, no menor al de esclarecer responsabilidades penales."

¹⁹² GONZÁLEZ, 2007, p.104.

¹⁹³ Resolução da ONU 2005/66; Informe da Secretaria geral da ONU, S/2004/616, 03 ago. 2004.

¹⁹⁴ No exemplo Argentino, após a saída de Raúl Alfonsín do governo, as condenações dos militares apuradas pela CONADEP foram extintas por meios de indultos presidenciais e por meio das Leis do ponto final e da Obediência devida que anistiarão os militares. Essas leis só foram invalidadas em 2005 pela Suprema Corte argentina. Ver: VARSKY, 2005, p. 116.

punitivo com o objetivo de reforçar laços da comunidade e, portanto, mediar as relações entre vítima e algoz.^{195 196}

No caso sul-africano foi criado um mecanismo de anistia condicional àqueles que cooperassem com os trabalhos da comissão deixando os mecanismos punitivos em um segundo momento, ao menos no plano doméstico.

A comissão Sul-Africana era composta por cidadãos sul-africanos imparciais, respeitados e sem militância política. Foi dividida em 03 subcomissões para desempenhar as seguintes atribuições: O estabelecimento de um quadro tão completo quanto possível das causas, natureza e extensão das violações maiores dos direitos humanos ocorridas entre 1º de março de 1960 e 6 de dezembro de 1994; a concessão de anistia aos que cometeram atos com objetivos políticos; A descoberta do destino ou a localização das vítimas de grandes violações de direitos humanos e a assistência a elas na restauração de sua dignidade humana e civil, mediante a oportunidade a elas dada de testemunhar sobre as suas experiências e a recomendação de medidas de reparação e reabilitação; a preparação de um relatório para divulgar o trabalho e os fatos estabelecidos pela Comissão e conter recomendações sobre como evitar futuras violações de direitos¹⁹⁷.

Na verdade, como foi uma imposição do acordo político que a comissão fosse composta por membros que não participaram do conflito, ela foi objeto de intensas críticas, principalmente pelo fato de que os agentes da representação do topo da hierarquia pública se negaram a depor sem, contudo, terem tido nenhum tipo de represália¹⁹⁸.

Velhas perguntas com respostas conflitantes ressurgem. Podem perdoar-se os que perpetraram crimes em nome da necessidade de unidade nacional e reconciliação? Não será a punição a melhor garantia contra futuras repressões? Se os que cometem violações dos direitos

¹⁹⁵ GONZÁLEZ, 2007, p.105. (tradução nossa)

¹⁹⁶ Lê-se no original: “Se exploran entonces formas de enriquecer la investigación del pasado con mecanismos de justicia tradicional menos enfocados en el castigo que en el fortalecimiento de lazos comunitarios y –por consiguiente– en formas de mediación entre víctima y victimario.”

¹⁹⁷ CINTRA, 2001, p.08-09.

¹⁹⁸ Idem, Ibidem, p. 12.

humanos sabem que, em algum momento, deverão prestar contas de seus atos, não servirá esse conhecimento de dissuasão contra os crimes? Se a lei deixa de punir os que a transgrediram, não se desvaloriza a própria noção de império da lei? Em suma, não implica a anistia o risco de desilusão e cinismo por parte da população, sobretudo por continuarem as forças de repressão detendo grande poder na nova ordem democrática?

A partir do ano de 2006, completados 10 anos das publicações da comissão africana, viveu-se um clima intenso de debates e avaliações da transição do país. Os elementos que mais se destacaram foram: Decepção dos grupos de vítimas e defensores de direitos humanos sobre a política de reparações recomendada pela comissão, e a ansiedade ante a falta de progresso nas investigações judiciais dos agentes não receberam a anistia ou que nunca a solicitaram.^{199 200}

Pode-se concluir que a comissão sul-africana tenha cumprido seu papel, muito mais pelo mito que a figura de Nelson Mandela, o “Madiba” representava à sociedade civil que resistia ao *apartheid*, do que por uma ação calibrada de respeito aos direitos humanos e estratégias de garantia de não-repetição.

A partir dessas experiências, Gonzalez Cueva aponta algumas alternativas para superar a problemática dessas comissões, tais como:

Existe sinal, uma tendência, ao menos uma tentativa: (a) a disputa sobre os legados recentes das comissões da verdade, que questionam a

¹⁹⁹ GONZÁLEZ, 2007, p.105. (tradução nossa)

²⁰⁰ Do original lê-se: “durante el año 2006, al conmemorarse una década de la entrega del informe final de la CVR, se vivieron intensos balances y debates en el país. Dos elementos se destacaron de manera particular: la decepción de grupos de víctimas y defensores de derechos humanos sobre la política de reparaciones recomendada por la CVR y la ansiedad ante la falta de progreso en investigaciones judiciales contra perpetradores que no recibieron el beneficio de una amnistía por parte de la CVR o que nunca la solicitaron ante ella.”

presunção de poder como instrumentos automáticos de reconciliação, o fracasso dos esforços que sacrificam o direito das vítimas. É impossível prever o nascimento de uma terceira geração de comissões, mas vale a pena rever alguns ações atuais.^{201 202}

Da análise do projeto de lei da comissão nacional da verdade brasileira constatam-se alguns dispositivos que devem ser criticados utilizando-se como crítica as experiências internacionais, ora tratadas.

Primeiramente, o art. 2º do projeto dispõe que comissão será composta por 07 membros indicados de forma discricionária pelo presidente da república. Discordamos da quantidade e da forma de indicação da comissão. A comissão, que tem objetivos tão importantes, não pode ser limitada a apenas 7 membros, deveria, sob pena de perder legitimidade, refletir o tanto quanto possível todos os espectros políticos da sociedade mesmo os minoritários que participaram da violação de direitos humanos. Por essa razão pugnamos por uma composição mais ampla, que participem setores dos 3 poderes do estado, dos militares, da sociedade civil e de militares anistiados.

Ainda podemos indicar algo temerário na composição, ao contrário da comissão instituída pela lei de desaparecidos políticos que no art. 5º, §1º dispunha que: a comissão seria composta dentre os sete membros da Comissão, quatro necessariamente foram escolhidos: dentre os membros da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados; dentre as pessoas com vínculo com os familiares de vítimas do regime; dentre os membros do Ministério Público Federal; e integrantes das Forças Armadas.

Já o PL 7376/2010 dispõe que a Comissão Nacional da Verdade será designada pelo Presidente da República, entre brasileiros de

²⁰¹ GONZÁLEZ, 2007, p.106. (tradução nossa)

²⁰² Do original lê-se: “Dos señales revelan una tendencia, al menos tentativa: (a) la disputa sobre los legados de recientes comisiones de la verdad, que cuestionan la presunción de su poder como instrumentos automáticos de reconciliación y (b) el fracaso de esfuerzos que sacrificaban claramente los derechos de las víctimas. Es imposible predecir si estamos ante una naciente “tercera generación” de comisiones de la verdad, pero vale la pena repasar – aunque fuese a modo de inventario– algunos desarrollos actuales.”

reconhecida idoneidade e conduta ética, identificados com a defesa da democracia e institucionalidade constitucional, bem como com o respeito aos direitos humanos. Consideramos que há um excesso de discricionariedade ao presidente da República para nomear estes conselheiros. Acreditamos que deveria constar um rol taxativo do perfil da representação para que mesma consiga atingir um aspecto mais plural e legítimo quanto possível.

A lei em seu art. 12 traz a previsão de regulamentação por meio de decreto do poder executivo, porém não traz nenhum instrumento de coerção, mesmo que indireto, para compelir os intimados contribuir com a construção da memória com verdade. O Estado brasileiro vem dependendo uma grande quantia para indenizar a vítimas de violações de direitos humanos. A tradição constitucional brasileira sempre consagrou o direito de regresso do Estado em face da conduta ilícita de seus agentes²⁰³. Desde a constituição de 1946 a responsabilidade extracontratual do estado está prevista. A constituição de 1967 dispôs em seu art. 105:

Art. 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.²⁰⁴

A Emenda Constitucional nº01/69 que institucionalizou o estado de exceção, constitucionalizando o AI-5 repetiu o texto no art. 107:

Art. 107. Às pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

²⁰³ MELLO, Celso Antonio B. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 1013.

²⁰⁴ BRASIL, Congresso Nacional. **Constituição Federal de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 7 fev. 2011.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo²⁰⁵.

A previsão de ação de regresso é expressa em todos os textos constitucionais do período. Não há que se falar em prescrição, uma vez que as violações de direitos humanos só restaram comprovadas e suas reparações efetivadas a partir da lei 9140/95 e, principalmente, da lei de reparação (10.559 /2002).

Nesse sentido, acreditamos ser uma falha grande no texto do PL 7376/2010 não existir nenhum instrumento que auxilie a futura CNV (Comissão Nacional da Verdade) a coagir os intimados que participaram das graves violações de Direitos Humanos a contribuir com o relatório final, em especial indicarem onde estão localizadas as ossadas tanto do Araguaia, quanto dos desaparecimentos da guerrilha urbana.

Para tanto, um importante instrumento seria uma declaração de inexistência de débito com a União em razão da responsabilidade civil do Estado em face do ato do agente para os que contribuírem com informações relevantes. Os agentes que tiverem esta conduta seriam excluídos das ações judiciais de regresso em face do Estado. Esse instrumento exerceria a função de meio de execução indireta. Execução indireta é um conceito amplamente utilizado na doutrina processual, é aquela que trabalha com a ideia de pressão psicológica.²⁰⁶ A ideia fundamental aqui é convencer o devedor a cumprir a obrigação, no caso em tela contribuir para os trabalhos da CNV.

Existem duas formas de coerção indireta a negativa e a positiva. A negativa impõe uma sanção para o caso da obrigação de fazer não ter sido cumprida. O exemplo clássico é a multa das astreintes no CPC²⁰⁷. No caso em tela o efeito é outro, caso o agente violador do Estado contribua para os trabalhos da CNV, o meio de coerção proposto é

²⁰⁵ BRASIL, Gabinete da Presidência da República. **Emenda Constitucional nº 01/69**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 7 fev. 2011.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C. **Curso de Processo Civil, Volume 3: execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 71.

²⁰⁷ As Astreintes são uma espécie de multa que tem o efeito de constringer o devedor ao cumprimento de uma obrigação. MARINONI, 2007, p. 73.

positivo, ele se beneficiaria com o perdão e na atuação estatal com vistas ao ressarcimento do erário público.

O foco da proposta é na memória nacional e na situação das vítimas e familiares que para muitos o direito de enterrar seus entes não foi ainda alcançado.

Pode-se dizer que mais uma vez estaria pondo os direitos das vítimas de lado, contribuindo assim com a impunidade dos violadores do Estado. A transição brasileira tem uma especificidade, está sendo feita de forma postergada, as condutas violadoras já estão completando mais de 40 anos, ainda há muito a se revelar, devido ao tempo os principais agentes estatais já faleceram, os poucos que ainda restam da linha dura têm muito a dizer.

Em relação a esses, acreditamos que o melhor meio de construir uma cultura séria de não repetição das sérias violações ocorridas aos direitos humanos e ao Estado democrático de direito seria utilizar estes depoimentos e essas confissões como um exemplo que contra motive as instituições militares e policiais a manifestarem aquele tipo de conduta de forma simbólica. O relatório dessas comissões deveria ser utilizado na formação das novas gerações de militares de forma a construir uma cultura de educação em direitos humanos nessas instituições. Todavia, esse eixo da justiça de transição será enfrentado a seguir: a reforma das instituições.

3.5 REFORMA DO ESTADO

Talvez a mais importante e a menos estudada pela doutrina estratégia de transição foi a reforma do Estado. Ao contrário da responsabilização dos agentes, das comissões da verdade e memória e das políticas de reparação, a reforma das instituições é dos eixos justtransicionais, o que menos causa impacto na agenda política de um país e opera-se de forma lenta e gradual. Nesse sentido:

Uma razão pode ser que enquanto outros eixos da justiça de transição são diretamente relacionados com os sujeitos em conflito: violadores e vítimas e tem um forte componente simbólico. As reformas institucionais, ao contrário, são processo que

ocorrem nos bastidores que ocorrem de forma lenta e burocrática, não poucas vezes de forma contraditória, que ficam nítidos num prazo longo. De certa forma, lidando com os autores diretos, chefes e carrascos, sensibiliza mais facilmente o sentimento de justiça, pois ainda é difícil compreender a natureza institucional da violência. É mais fácil e, politicamente, pode ser mais conveniente, buscar a punição individual do que confrontar a instituição ou grupo que estes estão abrigados.^{208 209}

A necessidade da reforma do Estado como garantia de não repetição das atrocidades opera-se em 3 frentes: quebra de paradigma das estruturas de controle social formais e informais; expurgos de agentes violadores de direitos humanos dos quadros estatais; educação e construção de uma cultura de respeito aos direitos humanos no interior dos organismos estatais, principalmente aqueles que lidam com inteligência e segurança.

Das 3 frentes de atuação, o Estado brasileiro vem promovendo algumas reformas tímidas apenas no que tange a modificação da legislação e, por consequência, das suas estruturas de controle social. A partir deste momento iremos relatar como se formatou os 3 sistemas penais durante o regime e o legado institucional que perdurou após a redemocratização.

²⁰⁸ GONZÁLEZ, Eduardo C. **El legado de la verdad**. Lima: ICTJ, 2006. p. 160. (tradução nossa)

²⁰⁹ No original lê-se: “Una razón puede ser que mientras otras políticas de justicia transicional se relacionan directamente a la diada ideal : perpetrador y víctima, y constituyen actuaciones de gran dramatismo. Las reformas institucionales, por el contrario, son procesos opacos que ocurren prácticamente en la oscuridad, que parecen suceder como procesos burocráticos lentos cuyos efectos, a veces contradictorios, sólo se sienten en el largo plazo. De alguna forma, lidiar con los perpetradores directos —los jefes y sus esbirros más crueles— apela más directamente a nuestro sentido de justicia, porque aún nos cuesta trabajo entender el carácter institucional de la violencia. Es más sencillo —y políticamente puede ser más conveniente— buscar el castigo del perpetrador individual, que enfrentar a la institución o el grupo en los que este se cobijó.”

3.5.1 Breve histórico dos antecedentes da redemocratização no Brasil

Segundo Hélio Silva, o discurso autoritário das classes brasileiras de dirigentes militares tem origem a ascensão política dos quartéis na guerra do Paraguai e na influência da escola positivista Francesca de Augusto Comte ²¹⁰. Desde a formação da República brasileira os militares sempre estiveram no centro da tomada de decisões da esfera estatal brasileira. Não foi o Regime Militar de 64 que inovou a ordem jurídica com estado de exceção do AI-5, o Estado Novo já o tinha feito de forma ainda mais dura com a carta outorgada polaca de 37 e a instituição de um Tribunal de Segurança Nacional ²¹¹. Não por acaso, estes oficiais do Estado Novo foram os protagonistas do golpe que destituiu João Goulart em 64 ²¹². Os círculos militares após a 2ª Guerra, com o apoio dos norte-americanos instalam, principalmente dentro da Escola Superior de Guerra, a Doutrina da Segurança Nacional (DSN), discurso este que foi reproduzido em todas as ditaduras do Cone Sul.

Este discurso consistia em negar a constituição da sociedade em classes, inculcando nos indivíduos valores como: fidelidade, docialidade, obediência e disciplina. Qualquer posicionamento crítico à política estatal oficial era tido como subversivo. As agências norte-americanas e fundações passam a, paulatinamente, impor sua doutrina, por meio de adesão ou apoiando rupturas de ordens democráticas. Qualquer organização ou grupamento mais à esquerda era classificado como terrorista.

O braço da DSN no Brasil ficou personificado na Escola Superior de Guerra. Foi criada após a Segunda Guerra Mundial e desde seu início foi assessorada tanto técnica como intelectualmente pelas agências de inteligência norte-americanas ²¹³.

Segundo a DSN, o inimigo do Estado não estaria na ameaça externa de outras nações, mas sim, numa ameaça interna que, inclusive,

²¹⁰ SILVA, Hélio. **A vez e a voz dos vencidos**. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 15.

²¹¹ DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: REVAN, 2006. p. 277.

²¹² SILVA, 1988, p. 91.

²¹³ Este assessoramento incluía inclusive treinamento de táticas de tortura. In: ARQUEDIOESE, 1985, p. 32.

já tinha feito seu ensaio com a intentona e que foi debelada pela “descoberta” do plano COHEN e o Estado Novo: a ameaça comunista.

A proximidade do governo de João Goulart com o movimento social e a intelectualidade de esquerda faz com que ele fosse deposto em 1º de abril de 1964, inaugurando a nova ditadura brasileira. Apesar de eleito democraticamente, respeitando as decisões do parlamento o discurso anticomunista prevalece e todos os setores conservadores da sociedade apoiam plenamente o golpe, sob o argumento de defesa da sociedade, da propriedade privada, dos valores cristãos e da democracia.

O discurso simplista que a DSN utiliza, Zaffaroni conceitua de técnica *völkisch*²¹⁴, que consiste em alimentar e reforçar os piores preconceitos para identificar publicamente o inimigo a ser combatido. No caso da DSN significaria, com o apoio das classes conservadoras, espalharem a ameaça terrorista, seu ateísmo, o fim da propriedade privada e seu confisco, a ditadura do proletariado, contrariando os próprios valores pregados. A legalidade e o respeito aos marcos constitucionais poderiam ser desprezados em nome da defesa social contra o mal maior.

A ditadura começa a promover a depuração do Estado. Com o AI-1 são exonerados, ou postos em aposentadoria compulsória, militares e servidores públicos que não se alinham ao novo regime.

A partir de então, o Estado polícia promove 3 sistemas penais distintos: o sistema penal oficial, o sistema penal paralelo e o sistema penal subterrâneo.

3.5.2 Os sistemas penais criados pelo Regime Militar

Sistema penal é soma de todo o aparelho estatal destinado estabelecer controle social. Desde sua massa legislativa representando o que Baratta convencionou como criminalização primária, agências e organismos criados para implementação da norma como: o judiciário, o Ministério Público, delegados, o sistema carcerário²¹⁵.

²¹⁴ZAFFARONI, 2007, p. 57.

²¹⁵BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 171-181.

3.5.2.1 O sistema penal oficial

O Sistema penal oficial era destinado aos delinquentes comuns que agiam sem confrontação política. O sistema penal oficial tinha sua estrutura baseada nas competências constitucionais formuladas pela Constituição de 46. Nele, o sujeito do crime era julgado segundo as regras e garantias liberais tendo direito a ampla defesa, contraditório, defesa técnica, apesar de todo caráter seletivo que o sistema penal representa estão bem denunciado pelo *labeling approach*²¹⁶.

O novo regime, inicialmente liderado por Castelo Branco, pregava uma ruptura da ordem necessária e transitória. A manutenção de uma suposta ordem institucional se fazia necessária. O Ato Institucional nº1 era composto de um preâmbulo e mais 10 artigos.

O preâmbulo era uma carta voltada à nação com justificativas sobre o golpe, explicava as consequências dele, que segundo ela, estaria sendo uma espécie de poder constituinte originário carregada de todas suas prerrogativas, manutenção de funcionamento do parlamento e reafirmava o compromisso do poder revolucionário com o retorno a estabilidade político-democrática.

Os artigos versavam sobre: vigência da Constituição de 46 (art. 1º), término do mandato revolucionário e convocação de eleições indiretas, (art. 2º) para preencher o restante do mandato retirado pelo golpe, processo legislativo (arts. 4º, 5º, 6º), suspensão temporária das garantias constitucionais de vitaliciedade e estabilidade (art. 7º), suspensão de direitos políticos por 10 anos ao bem da segurança nacional (art.10º).

Do exposto vê-se que de início o movimento militar não tinha recrudescido totalmente as garantias liberais. O AI-1 só abria margem discricionária à depuração do serviço público e tirava a oposição democrática do jogo eleitoral. Contudo, o esgotamento do diálogo democrático faz com que haja uma radicalização da disputa política e os próximos Atos Institucionais irão acrescentar mais e mais supressões de

²¹⁶ Os teóricos desta escola criminológica denunciam o caráter classista do sistema penal e sua seletividade. Para estes, o sistema penal cumpre função de defender uma classe específica a classe burguesa dominante. É que tanto a criminalização primária (produção de normas), quanto à secundária (aplicação destas normas pelos operadores) visam defender os valores desta classe dominante e não o da defesa proteção dos bens e valores da sociedade. BARATTA, 2002, p. 85.

direitos individuais e decretar o caráter permanente do golpe militar, preâmbulo Ato Institucional nº2²¹⁷.

Assim, paulatinamente, o ordenamento jurídico democrático, votado e embasado nos pilares da Constituição de 1946, com a presença de inúmeras garantias individuais foi desaparecendo.

O objetivo precípua do AI-2 trazer a marca da estabilidade do Regime Militar. Além de revogar a eleição indireta convocada pelo primeiro Ato Institucional após o golpe, impõe de forma permanente à sociedade todas as prerrogativas transitórias editadas naquele. Dentre as principais mudanças estão: suspensão por tempo indeterminado das garantias vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo (art. 14); no interesse de preservar e consolidar a revolução, Prerrogativa de Suspensão de direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 (dez) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais; impõe ainda sanções extemporâneas²¹⁸ aos cidadãos que tiveram direitos políticos suspensos.

Entre estas sanções encontram-se: 1) a cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; 2) a suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais; 3) a proibição de atividade ou manifestação sobre assunto de natureza política; 4) a aplicação, quando necessária à preservação da ordem política e social, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) domicílio determinado.

Apesar do avanço do autoritarismo tanto na esfera política quanto na jurídica representada pela massa legislativa ora analisada, algumas garantias individuais continuavam preservadas como: o *habeas corpus*,

²¹⁷ Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. Assim o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos. Acentuou-se, por isso, no esquema daqueles conceitos, traduzindo uma realidade incontestável de Direito Público, o poder institucionalizante de que a revolução é dotada para fazer vingar os princípios em nome dos quais a Nação se levantou contra a situação anterior.

A autolimitação que a revolução se impôs no Ato institucional, de 9 de abril de 1964 não significa, portanto, que tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesma por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento. Por isso se declarou, textualmente, que "os processos constitucionais não funcionaram para destituir o Governo que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País", mas se acrescentou, desde logo, que "destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo Governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do poder no exclusivo interesse do País.

²¹⁸ Violando o princípio da irretroatividade da lei penal em *mallam partem*.

o Mandado de Segurança, a vedação de penas de morte, banimento, confisca e perpétua. A competência da justiça Comum Federal para julgar os crimes políticos constante no art. 105, § 3º, “e” da Constituição de 1946, com nova redação dada pelo Ato Institucional nº2. Todavia, este preceito foi uma manobra jurídica, pois o mesmo ato que manteve o processamento dos crimes políticos para a Justiça Comum Federal remetia no art. 8º à Justiça Militar Federal os crimes tipificados na Lei 1802/53. Esta lei tipificava os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, ou seja, na prática, a Justiça Comum Federal processava e julgava apenas subsidiariamente os crimes políticos. Pois todos os tipos descritos no diploma da lei 1802/53 passaram a ser de competência exclusiva da Justiça Militar Federal. O que na prática implicava em transformar a justiça militar num tribunal de exceção. Esta atitude fez com que Hélio Gaspari escrevesse:

Um dispositivo do AI-2, relacionado como cotidiano da coerção política. Extinto os 180 dias de vida do Ato Institucional de abril de 1964, preservava-se o foro da justiça comum para os crimes de subversão. Por cerca de um ano aí estivera um permanente ponto de atrito entre a anarquia militar e os poderes estabelecidos. Os choques deram-se quase sempre em torno de casos em que os encarregados dos IPMs. Mantinham cidadãos presos, sem culpa formada, por prazos largamente superiores ao que a lei estabelecia. A cada *Habeas Corpus* concedido, sucedia-se uma grita na qual os oficiais indisciplinados diziam que os tribunais estavam julgando e condenando a própria revolução. Tratava-se simplesmente de exercitar a capacidade humana de ler (as leis) e contar (os prazos nela fixados). Os Oficiais que desafiavam Castello sabiam ler e contar. Se falsificavam argumentos para sustentar suas arbitrariedades amparados na tibieza do governo, sempre pronto para denunciar à sociedade a ação de meia dúzia

de estudantes, mas incapazes de enfrentar meias dúzia de coronéis.²¹⁹

Esta mudança de processamento e julgamento dos crimes políticos implantada de forma falseada pelo AI-2 dará início a construção de todo aparato de repressão especialmente voltado ao combate ao inimigo subversivo, que irá completar-se com a chegada de Costa e Silva, símbolo da linha dura, ao poder e a edição do AI-5.

O Ato Institucional nº5, que foi editado após a outorga da Carta de 1967, simplesmente fulminou toda e qualquer possibilidade de legitimidade ao regime posto. Dentre preceitos estabelecidos pelo AI-5 destacam-se os seguintes: dissolução por decreto das casas legislativas pelo presidente só voltando a funcionar quando convocado por ele (art. 2º); intervenção federal nos estados e municípios, sem respeito a qualquer tipo de limitação (art. 3º); suspensão de direitos políticos por 10 anos no interesse da “Revolução” (art. 4º); proibição de atividades e assuntos de natureza política (art. 5º); suspensão unilateral do direito de votar e ser votado; suspensão de garantias de servidores públicos (art. 6º); fim da garantia do *habeas corpus* (art. 10º).

Com a outorga da Constituição de 1967, reafirmando a vigência dos atos, extinguido o capítulo dos direitos e garantias fundamentais, estará cristalizado na órbita brasileira de fins dos anos 60 o Estado Polícia, restando agora analisar-se a legislação especialmente editada para o combate do inimigo da ordem e montagem do Sistema Penal Paralelo, especialmente desenvolvido para combater os comunistas, subversivos, terroristas.

3.5.2.2 O sistema penal paralelo

Com a chegada de Costa e Silva, o debate sobre a legalidade e legitimidade do governo militar se esgota. Segundo sua doutrina a revolução tinha legitimidade por si só e, de acordo com o divulgado pelo preâmbulo do AI-2: “Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará”.

²¹⁹ GASPARI, 2002, p. 254.

Para Zaffaroni o sistema penal paralelo pode ser identificado quando:

“[...] políticos e autoridades administrativas passam a cumprir funções judiciais : civis são julgados por tribunais militares; as autoridades policiais aplicam penas por contravenções ou podem executar privações de liberdade com pretexto de identificar o suspeito averiguar antecedentes e etc.; as autoridades migratórias podem deter e expulsar do país sem recurso ou controle judicial; se declara um estado de exceção que permite o agente político privar a liberdade sem maiores limitações; por qualquer meio se permite a supressão de liberdade sem por ao controle judicial de forma imediata.”^{220 221}

Exatamente isso foi o que aconteceu. Pela ordem jurídica da Constituição de 1946, os crimes políticos eram julgados pela Justiça Comum Federal. Isso causava uma série de inconvenientes para os militares mais arreados. Tensões entre o novo poder revolucionário e poder judiciário mantido eram constantes Sendo o mais simbólico o episódio da concessão de *habeas corpus* ao ex-governador de Pernambuco Miguel Arraes e, diante do alvará de soltura expedido pelo STF, os encarregados do IPM consideraram aquela ordem de soltura “um abuso” e recusaram-se a entregar o preso²²².

No sistema penal paralelo os terroristas subversivos são investigados e julgados por tribunais inquisitoriais / policiais

²²⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. **Hacia dónde va el poder punitivo**. Medellín: Universidad de Medellín, 2009. p. 29. (tradução nossa)

²²¹ Lê-se no original: “Las autoridades políticas e administrativas pasan a cumplir funciones judiciales: Los civiles son juzgados por tribunales militares; los policías aplican penas contravencionales o pueden disponer mantener privaciones de libertad com pretexto de identificación, averiguación de antecedentes, etc.; las autoridades migratórias pueden detener y expulsar del país sin recurso ni control judicial; se declara una estado de excepción que permite la autoridade política privar de libertad sin mayores limitaciones; por cualquier outro médio se autorizan privaciones de libertad sin la inmediata puesta a disposición del juez competente.”.

²²² GASPARI, 2002, p. 257.

especialmente criados para este fim ²²³. Estes tribunais tinham a dupla finalidade: 1) promover a investigação e o julgamento dos inimigos do estado de forma rápida e sumária; 2) criar uma estrutura corporativa eficiente para proteger seus agentes do julgamento político da sociedade.

Na ordem brasileira 2 marcos legais simbolizam bem o sistema penal paralelo criado: Decreto lei 314/67, revogado pelo decreto lei 898/69, coloquialmente chamados de Lei de Segurança Nacional e a legislação penal processual militar.

Os decretos 314 e 898 que versam sobre a segurança nacional conceituam de forma totalmente vaga o que seria segurança nacional proibindo todo e qualquer tipo de ofensa ou crítica ao Estado, definindo os crimes políticos, suas penas e processamento especial. O cidadão que cometesse qualquer dos crimes tipificados no decreto teria o julgamento processado perante a justiça militar. Os dois dispositivos têm a mesma estrutura topológica, diferem-se apenas na severidade das penas em abstrato sancionadas. O segundo decreto sobre a segurança nacional, editado após a outorga da carta de 67, que retirou o capítulo dos direitos e garantias individuais, previa inclusive a pena de morte e a prisão perpétua. Os tipos penais atentavam contra todos os tipos de direitos consagrados nas cartas modernas: a liberdade de expressão, de locomoção, de associação, de pensamento, entre outros. Se o cidadão não aderisse acriticamente à doutrina militar poderia ser facilmente enquadrado em dos dispositivos do mencionado texto.

Além dos decretos de Segurança Nacional, do aumento do aparelho repressivo policial, das constantes denúncias de violações de Direitos Humanos que iam surgindo na comunidade Internacional. O fato que mais marcou o paralelismo do sistema penal no Regime foi a mudança de competência da Justiça Militar que passara a julgar os crimes políticos, o STM transformou-se em um verdadeiro tribunal de exceção, de um lado condenando severamente o inimigos do regime e do outro encobrendo as atrocidades perpetradas pelo sistema repressor subterrâneo montado.

Os decretos 314 e 898 ampliaram enormemente a competência da Justiça Militar, além de julgar os crimes políticos tipificados por estes diplomas estabelecendo um verdadeiro tribunal de exceção para os delitos tipificados nos decretos, sem respeito à nenhuma norma ou

²²³ ZAFFARONI, 2007, p. 54.

princípio penal liberal. O decreto 314 foi de outubro de 67²²⁴, já sob a presidência de Costa e Silva. Embora já um diploma rígido que feria direitos civis, o decreto que o revogou (DL 898), que foi editado após o AI-5, era muito pior. Além de prever pena de morte e prisão perpétua para mais de 15 tipos de conduta, previa prazo prescricional de 40 anos, e ainda ampla discricionariedade ao presidente dos IPM (inquéritos penais militares) para deter suspeitos por 30 dias com igual prorrogação.

Porém, apesar de todas estas prerrogativas outorgadas pelo Regime Militar para combater a ameaça subversiva / terrorista, a criatividade da DSN ainda instalou um terceiro sistema penal que será visto adiante: o sistema penal subterrâneo, que irá implantar o chamado terrorismo de Estado (TDE).

3.5.2.3 O sistema penal subterrâneo

Segundo Zaffaroni, o sistema penal subterrâneo é exercido pelas agências executivas de controle, portanto, pertencentes ao Estado, à margem da lei e de maneira violenta e arbitrária, contando com a participação ativa ou passiva, em maior ou menor grau, dos demais operadores que compõem o sistema penal.²²⁵

O sistema penal se sofisticava, o sistema oficial e o paralelo se agregam ao sistema subterrâneo, que se encarrega de executar penas à margem da lei: os agentes estatais praticam homicídios, torturas, roubos, extorsões, privações de liberdade, encarceramentos em prisões clandestinas, execuções sem processo, desaparecimentos forçados etc.²²⁶

Para realizar a repressão à resistência clandestina sem ferir diretamente as normas jurídicas, mesmo aquelas editadas pelo próprio regime, além de normas internacionais, e evitar acusações de violações

²²⁴ O golpe de 64 que colocou Humberto Castelo Branco na chefia do governo tinha como lema a transitoriedade, segundo seu discurso iria preencher a lacuna deixada por Jango e voltar à realidade institucional, ele representava a ala da Escola de Sourbonne considerada mais moderada dentro das Armas, enquanto que seu sucessor, Costa e Silva, provinha da Escola Superior de guerra e iria implementar a política da DSN plenamente (GASPARI, 2002, p. 270).

²²⁵ ZAFFARONI, E. Raúl. **Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 52-53.

²²⁶ Idem, 2009, p. 30.

de direitos humanos, a DSN em toda a América latina como no Brasil criou agências executivas policiais que tinham uma dupla operacionalidade: modalidades repressivas legais e ilegais coexistiam e se complementavam²²⁷.

Torturas, execuções, desaparecimentos, sequestros vão ser a tônica do período. Ora praticado pelo aparelho repressivo do Estado, ora por grupos paramilitares montados e financiados a partir do aparelho estatal.

Essa modalidade de repressão não oficial se beneficiava pela total ausência de controle judicial e de desconhecimento de toda e qualquer norma legal, mesmo aquelas outorgadas pelo regime para impor unilateralmente sua doutrina, o que possibilitou dispor das vítimas com certeza da impunidade e convivência com o sistema penal forjado pelo regime para este fim²²⁸.

A primeira estrutura idealizada para o combate ao terrorismo e subversão pelo Regime foi o GPMI (Grupo Permanente de Mobilização Industrial), em abril de 64, foi criado para adaptar o poderio bélico das Forças Armadas à nova doutrina de segurança, que focava suas atenções na ameaça interna²²⁹. Essa estrutura visava preparar as Forças Armadas para qualquer surpresa revoltosa, fazendo com que o parque industrial bélico brasileiro se hipertrofiasse a tal ponto que no fim da década de 60 já era o quinto maior produtor mundial de armas.

O SNI (Serviço Nacional de Informações) criado em 1964 para gerenciar todas operações de inteligência militar vinha tendo o seu prestígio político, econômico e financeiro a tal ponto que dos seus gabinetes saíram 2 ex-presidentes da república: Figueiredo e Médici.

Em 1969, com o aumento da resistência, o maio francês e a perda de popularidade do regime, é criada a OBAN (Operação Bandeirantes): uma espécie de agência clandestina que agrupava membros das 3 armas, das polícias civil e militar, federal e estaduais.

Sem vínculos formais, ou legais, a OBAN era, em essência, uma formação paramilitar de ação direta e violenta à margem da lei, o que

²²⁷ PADRÓS, Enrique Serra. Repressão e violência: Segurança Nacional e terror de Estados nas ditaduras Latino Americanas. In: FICO, Carlos; FERREIRA, Marieta de Moraes; ARAUJO, Maria Paula. **Ditadura e Democracia na América Latina: Balanço Histórico e Perspectivas**. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 157.

²²⁸ ARQUEDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p.72.

²²⁹ Idem, Ibidem, p.73.

lhe dava agilidade e brutal eficácia. Era financiada por grupos empresarias ligadas ao Regime como Ford, GM, Ultra Gás, Folha de São Paulo.

Em 1970, a OBAN, embora ainda conhecida como tal, ficou mais legalizada. Enquadrado-se no Destacamento de Operações de Informações / Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI). Funcionou ainda como OBAN, mas ao colocá-la sob a jurisdição do DOI-CODI, pretendeu-se diminuir a sua autonomia, o que na prática não aconteceu. Em 1970, quem comandou a OBAN – oficialmente o DOI-CODI – foi Carlos Alberto Brilhante Ustra, major de artilharia do Exército, conhecido também, nas rodas da tortura, pelos codinomes de Major, Doutor Silva e Doutor Tibiriçá.

Apesar da institucionalização da OBAN, o DOI-CODI e o DOPS na prática funcionavam do mesmo jeito. Com prisões ilegais, carceragens fantasmas, tortura e execuções.

Resta agora ressaltar o aparelho transnacional montado pela DSN na América Latina para Facilitar o TDE. A Operação Condor.

A Operação Condor foi uma aliança político-militar entre os vários regimes militares da América do Sul: Brasil, Argentina, Chile, Bolívia, Paraguai e Uruguai criada com o objetivo de coordenar a repressão a opositores dessas ditaduras instalados nos seis países do Cone Sul.

Montada no início dos anos 1970, tinha a mesma função dos aparelhos de repressão subterrâneos: peseguir os opositores dos regimes da DSN no Cone Sul, sem o mínimo respeito a qualquer ordem estabelecida, inclusive a ditatorial, que tão bem representavam.

A jurisdição da Operação se estendia, portanto, a todos os países envolvidos. A ausência de procedimentos burocrático-formais facilitava as trocas de informações e de prisioneiros (eventualmente dados como "desaparecidos") de diferentes nacionalidades. Aos acusados e perseguidos pelos agentes, eram negados todos os direitos humanos e políticos. Podiam facilmente ser levados de um território a outro sob a acusação de terrorismo.

Em síntese a contradição do discurso da DSN é permanente e totalizante: de um lado os interesses de perpetuação do Estado autoritário e de outro a defesa da ordem jurídica e da democracia, nobre motivo que os levaram a esta medida “extremada”.

Até o presente momento nenhum agente estatal foi sequer julgado, apesar de algumas interessantes iniciativas do Ministério

Público Federal neste quesito²³⁰. Chega-se ao assombro de ver um militar lotado em dois batalhões que combateram no Araguaia e chefiar o Gabinete de Segurança Institucional da presidência da República, órgão com status de Ministério²³¹. O que não contribui para uma mudança de cultura nos seios militares e de inteligência.

A transição brasileira foi pensada minuciosamente pelos militares que comandavam o estado teve o viés postergado. Com a anistia e a constituinte de 1988 todas as estruturas autoritárias construídas pelo regime permaneceram presentes na nova República. Há quem diga que o Regime Militar brasileiro não sofreu solução de continuidade. Que mesmo após o constituinte de 88 as práticas clientelistas, o poder despótico, a sensação de impunidade se institucionalizaram²³². O aparelho de segurança e de inteligência montados pelo regime, apesar de seguirem uma lógica, perversa foram construídos em uma perspectiva altamente racional e com objetivos e diretrizes bem delineados. Neste sentido González relata que:

O que vemos nas experiências de violência e autoritarismo é que a violência, pelo contrário, é normalmente calculada e exemplar, funciona como uma máquina seletiva muito precisa que classifica e age em conformidade. Nada está mais longe da arbitrariedade que a clara vontade política por trás das violações mais flagrantes. Nada menos arbitrário do que a seletividade atua com a violência, há método na loucura aparente.

233 234

²³⁰ FÁVERO, Eugênia A. G. Crimes da Ditadura: Iniciativas do Ministério Público Federal em São Paulo. In: **Direito à memória e verdade: a justiça de transição no Estado democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 213-231.

²³¹ VALENTE, Rubens; ODILLA, Fernanda. Ministro repreendido por Dilma foi de brigada que lutou no Araguaia. **Folha on Line**, São Paulo, 7 nov. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/856169-ministro-repreendido-por-dilma-foi-de-brigada-que-lutou-no-araguaia.shtml>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

²³² DINIZ, Eli. Uma perspectiva analítica para a reforma do Estado. In: **Revista Lua Nova**, n. 45. Rio de Janeiro: CEDEC, 1998. p. 30-48.

²³³ GONZÁLEZ, 2006, p.158. (tradução nossa)

²³⁴ Lê-se no original: “Lo que vemos en las experiencias de violencia y autoritarismo es que la violencia, por el contrario, suele ser calculada y ejemplarizante, que funciona como una máquina discriminadora muy precisa que clasifica y actúa em consecuencia. Nada más lejos

Ocorre que, após a instalação da nova República os sistemas penais paralelos e subterrâneos ²³⁵ criados perderam sua direção política, mas continuaram, provavelmente, a operar violações, porém desta vez com o viés privado, como na formação de milícias, esquadrões da morte, bicheiros e no crime organizado como um todo.

Um caso emblemático foi relatado por Hélio Bicudo, no livro *Meu depoimento sobre o esquadrão da morte* ²³⁶. Onde o autor promotor público narra o embate travado para levar a julgamento o delegado Sérgio Fleury, um dos fundadores da Operação Bandeirantes condecorado pelo Estado brasileiro por ter capturado e executado Marighela e participado da chacina da Lapa.

O Esquadrão da Morte era um grupo de justiciamento privado que agia no interior da polícia civil de São Paulo, já em meados da década de 60 ²³⁷. Um grupo representava o gérmen do que viria a ser o discurso da lei e ordem. Para estes bandidos bons eram bandidos mortos. O lema do grupo levado à risca era que para cada policial morto nas ruas 10 bandidos teriam o mesmo fim como resposta ²³⁸.

Devido à repercussão dada pela imprensa à época estas formas de atuação no interior dos organismos de segurança começaram a aparecer em vários estados da federação ²³⁹. Com o endurecimento do regime no fim de 68 o grupamento foi recrutado para os órgãos de segurança. Tendo o delegado Fleury inclusive sido considerado herói nacional condecorado pela marinha e pelo exército ²⁴⁰. Participou das ofensivas mais agressivas contra a esquerda armada entre elas o congresso da Une em Ibiúna em 1968, em 1969 o cerco a Carlos Marighela (morto com

de la arbitrariedad que la clara voluntad política detrás de las violaciones más atroces. Nada menos arbitrario que la selectividad con la que actúa la violencia. Hay método en la aparente locura.”

²³⁵ O conceito e a estrutura desses sistemas criados no Regime Militar brasileiro serão trabalhados no próximo tópico deste Capítulo.

²³⁶ BICUDO, Hélio. **Meu depoimento sobre o esquadrão da morte**. São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz, 1977.

²³⁷ Idem, Ibidem, p. 15.

²³⁸ Idem, Ibidem, p. 17.

²³⁹ Idem, Ibidem, p. 54.

²⁴⁰ Idem, Ibidem, p. 41.

quatro tiros, um deles com seu revólver), no ano seguinte liderou a ação que terminou com a morte de Joaquim Câmara Ferreira e, em setembro de 1971, participou da caçada a Carlos Lamarca no sertão da Bahia – três dos maiores líderes da chamada subversão²⁴¹.

Hélio Bicudoera, à época, procurador de justiça no estado de São Paulo, relatou no livro a dificuldade em investigar e denunciar o delegado Sérgio Fleury pelas graves violações de direitos humanos perpetradas no interior do DEIC e pela montagem do Esquadrão da Morte. No decorrer de sua investigação constata a dificuldade encontrada em denunciar o grupo e a estrutura de proteção montada dentro das agências policiais e do próprio aparelho judiciário:

Foi o delegado Fleury chamado pelos órgãos de segurança para luta contra o terrorismo. Nela se atolou completamente, participando de caçadas, prisões, torturas e execuções de elementos incriminados de subversivos [...]. E daí a proteção de que se beneficiava e continua se beneficiando. Temido, por essa mesma proteção, recebe vênias de juízes e promotores temerosos de futuras e eventuais represálias.²⁴²

Quando finalmente conseguiu denunciá-lo, o congresso aprovou a lei 5941/73 que permitia ao réu primário pronunciado responder ao julgamento em liberdade. Essa lei, não por acaso, ficou conhecida como Lei Fleury.

Transformando o homem símbolo da luta contra subversão, não se pejaram as autoridades federais de lhe dispensar todo o peso de um apoio incondicional, que chegou a se refletir na edição de lei especial que o pudesse livrar da prisão provisória decorrente de sentença de pronuncia

²⁴¹ RODRIGUES, Alan. História Macabra. **Revista Isto É**, São Paulo, n. 1626, 24 nov. 2000. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/43147_HISTORIA+MACABRA?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage>. Acesso em: 9 de março de 2011.

²⁴² BICUDO, 1976, p. 41.

que o remetiam a julgamento pelo tribunal do júri e impondo censura a órgãos de imprensa que expediam considerações a propósito de sua atuação policial, apontando-o como violento e corrupto.²⁴³

Nas investigações do Ministério Público ficou comprovado que, além dos assassinatos a pretexto de combater a crescente criminalidade, o Esquadrão da Morte era uma organização criminoso com ramificação no tráfico de drogas, casas de prostituição e jogo do bicho²⁴⁴. Alguns anos depois, o mesmo delegado outrora símbolo do regime foi encontrado morto no litoral de Ilha Bela, em São Paulo, sob circunstâncias no mínimo duvidosas. “Ele não era um morto comum. Tratava-se de alguém com muitos inimigos, um arquivo vivo de informações sobre a esquerda e a direita”²⁴⁵.

De forma que a investigação sobre sua morte seguiu passos nebulosos: não foi feita necropsia do corpo, o inquérito arquivado foi montado com displicência com erros materiais crassos como divergências de datas de nomes de pessoas. Trágica coincidência a investigação da morte do algoz teve o mesmo destino das investigações de suas vítimas, um IPM arquivado²⁴⁶.

3.5.3 O Estado brasileiro após a constituição de 1988²⁴⁷

Com a promulgação da constituição de 1988, vários direitos fundamentais de 1ª, 2ª, 3ª dimensões foram consagrados no texto. O

²⁴³ BICUDO, 1976, p. 42.

²⁴⁴ Idem, Ibidem, p. 58.

²⁴⁵ SOUZA, Percival de. O porão de Fleury. *Revista Época*, São Paulo, edição 52, 17 maio 1999. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/edic/19990517/index.htm>>. Acesso em: 9 de março de 2011.

²⁴⁶ Para um melhor compreensão sobre a circunstâncias da morte de Sérgio Fleury, ver: SOUZA, Percival de. *Autópsia do medo*. Rio de Janeiro: Globo, 1999.

²⁴⁷ Não temos o objetivo de fazer uma análise aprofundada configuração do Estado brasileiro atual. Apenas apontar alguns avanços e deficiências do modelo de estado para estabelecer garantias de não-repetição de violações de direitos humanos.

papel do Ministério Público alargou-se (art. 127), a defensoria pública foi finalmente trazida ao rol constitucional (art. 134). A legitimidade ativa para propor ações de controle de constitucionalidade aumentou²⁴⁸. Limitações ao direito de tributar foram inseridas. A autonomia e a liberdade de cátedra concretizaram-se (art. 206). Introduziu-se um capítulo inteiro sobre a ordem econômica e social. A participação da sociedade civil no processo legislativo foi autorizada ao menos teoricamente²⁴⁹.

Apesar do texto analítico da carta brasileira ser um dos mais bem elaborados de todo mundo ocidental, o que foi consagrado formalmente está longe de ser consagrado materialmente. Segundo Jorge Miranda, esta é uma contradição permanente dos países de modernidade tardia como o Brasil, levando o autor a dizer, apontando a obra de Lênio Streckque:

A constituição, enquanto matriz privilegiada do seu ordenamento, que une o político e o jurídico, é o espaço (enquanto «como se») onde se fundamenta o sentido jurídico [...] a constituição, assim, funda, sem ser fundamento, porque não é uma categoria ou hipótese a partir da qual se possa fazer deduções.

Daí que seja possível afirmar que a noção de constituição é um paradoxo, exatamente porque funda sem ser fundamento e, ao mesmo tempo, constitui sem constituir, como se houvesse um

²⁴⁸ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

²⁴⁹ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei, mediante:

- [...]
- III - iniciativa popular.

ponto de partida. A constituição é um paradoxo, na medida em temos que colocar um ponto de partida [...], mas ao mesmo tempo ela frustra essa pretensão de ser o começo, já que esse se dá sempre de novo e de várias formas na antecipação do sentido, a partir do modo prático de ser-no-mundo do intérprete.²⁵⁰

A desigualdade econômica, o desequilíbrio do pacto federativo brasileiro, a continuidade da cultura política clientelista e patrimonialista são fatores que colaboram sobremaneira para que a situação se reproduza indefinidamente.

Apesar de os crimes políticos retornarem a competência da Justiça Federal ²⁵¹, a Justiça Militar permanece com um caráter extremamente corporativo. Na Justiça Militar da União, por exemplo, o primeiro grau de jurisdição é composto por um órgão colegiado chamado de conselho com 05 representantes sendo 04 oficiais militares e um juiz auditor ²⁵². Apenas em 1996 os crimes dolosos contra vida praticados por militares passaram a ser de competência do tribunal do Júri com a sanção da lei 9299/96. Em relação à tortura, este tipo só foi tipificado em 1997 com a lei 9455/97. Por uma mera coincidência 20 anos após os últimos crimes praticados pelo Regime Militar que foram os assassinatos da chacina da Lapa, exatamente o lapso temporal da prescrição da pena em abstrato prevista no código penal²⁵³.

²⁵⁰ MIRANDA, 2007, p. 87.

²⁵¹ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

²⁵² Art 16. Da lei 8457/92 . São duas as espécies de Conselhos de Justiça:

a) Conselho Especial de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juizes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juizes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade;

b) Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.

²⁵³ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

Ao invés do estado trabalhar com o objetivo de diminuir as desigualdades e consagrar direitos sociais utilizando-se de mecanismos de justiça fiscal para reequilibrar a balança, com a ajuda da mídia que reproduz a lógica excludente do sistema penal.

Um sistema de justiça criminal é um conjunto de órgãos e agências, alguns específicos ou formais (com o único, ou quase único, na natureza criminal) e outros não específicos ou informais (que desempenhe outras funções). Órgãos específicos são a polícia e os órgãos de segurança pública, o judiciário, o Ministério Público e o sistema prisional. Agências Inespecíficas são: os poderes políticos (legislativo e executivo), meios de comunicação de massa (que funcionam como divulgador da funcionalidade do sistema penal), agências internacionais (multilateral) de cooperação (estrangeiros que fornecem recursos aos programas nacionais) e reprodução ideológica (escolas, universidade etc.).²⁵⁴

A partir do fim da década de 70 com a ameaça subversiva dissipada as agências de controle formais e informais voltaram-se para outro setor. A partir desse momento a ameaça da sociedade voltou-se para o crime organizado e as drogas, o mal que corrompe a juventude. Nesse momento todo aparelho de controle social formal volta-se para este combate.

As agências de controle inespecíficas ou informais são as formadoras de opinião da sociedade. Como o parlamento que legisla e aprova, as leis se submetem diretamente à lógica da sobrevivência eleitoral, este, em geral, vai ter sua agenda pautada pelos organismos de controle informal. Daí constata-se a inflação legislativa penal, processual e mista que vem sendo aprovada dia-a-dia. Ao passo que na esfera internacional, organismos multilaterais e de cooperação patrocinam e apoiam pesquisas e congressos no campo da política criminal repressiva.²⁵⁵ É produzido no inconsciente coletivo da sociedade por meio dessas agências que, com instrumentos mais agéis para combater a criminalidade, a sociedade a sociedade estará mais protegida: a ilusão da segurança jurídica.²⁵⁶ Cabendo ao poder judiciário

²⁵⁴ ZAFFARONI, 2009, p. 27.

²⁵⁵ DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 17.

²⁵⁶ ANDRADE, Vera R. P. *Ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

uma postura de contenção contramajoritária via controle de constitucionalidade abstrato e concreto.

A consequência deste clima de terror instalado pelas agências de controle informais para proteger os direitos humanos é o impacto deste e sua antítese sobre os próprios direitos humanos. Em geral, o discurso do combate à criminalidade organizada e ao tráfico de drogas e terrorismo se materializam em exceções aos direitos humanos de 1ª geração, que caminham em 3 direções:

- a) Poderes excepcionais as agências de polícia e inteligência (de segurança, investigação, migração, inteligência, receita federal).
- b) Na construção de definições legais não bem delimitadas (conceitos nebulosos, que tendem a incriminar os atos preparatórios muito antes dos atos de execução e, geralmente não tem eficácia, porque na medida em que se afastam do delito propriamente dito, perdem legitimidade;
- c) Redução das garantias processuais (procedimentos secretos, não identificação das testemunhas, negativa de consulta à documentação, admissibilidade de relatórios de inteligência como meio de prova, restrições à defesa, ampliação da prisão preventiva, incomunicabilidade do suspeito²⁵⁷).

No que tange aos efeitos expansivos dos órgãos de segurança, há de se destacar que as polícias exercem suas funções de forma discricionária, *a priori*, por essa razão, a principal regra para o exercício de uma boa polícia é o máximo de prevenção com mínimo de efeitos negativos. O efeito expansivo da discricionariedade policial é inevitável, mas a velocidade e a multiplicação dos efeitos indesejados dependem do grau de burocratização e deterioração da instituição no caso concreto. Cabendo observar que os poderes excepcionais podem ser concedidos indiretamente, por meio da limitação do devido processo legal e da redução de garantias processuais.

²⁵⁷ ZAFFARONI, 2009, p. 21.

Quanto aos dispositivos legais nebulosos, têm como efeito o aumento desproporcional do campo de possíveis suspeitos, portanto, aumento dos poderes discricionários das agências de polícia e dos consequentes efeitos indesejáveis da investigação criminal e na prevenção.

Poucos crimes no número de eventos coincide com a cifra registrada de crimes cometidos. Praticamente a única cifra dura ou real contabilizada são mortos em via pública. O restante é produzido a famosa cifra negra sobre sobre a qual muito se especula²⁵⁸.

Esta disparidade entre a programação que interessa à criminalização primária (definição legal de crimes, poder legislativo) e criminalização secundária (agências que individualizam os reponsáveis, PJ, MP, segurança pública) em virtude das agências de execução terem uma capacidade operacional limitada, acaba por operar uma criminalização seletiva²⁵⁹ (pode investigar apenas alguns fatos podem levar a julgamento algumas pessoas, pode aprisionar um grupo sempre reduzido).

Como a vida e a integridade física são direitos fundamentais, também o é o direito a sua segurança, portanto, o serviço de segurança pública satisfaz um direito fundamental que pode ter impacto tanto comissivo, quanto omissivo, no combate a criminalidade (quando o estado deixa as pessoas desprotegidas contra ataques massivos e indiscriminados.).

A orientação seletivado sistema penal, de acordo com os estereótipos resulta na separação das funções reais e funcionais ou imaginárias (estigmatização social do grupo, que responde ao estereótipo do inimigo) e, na medida em que a distância aumenta, o sistema torna-se menos eficiente para cumprir o papel de proteger as pessoas contra estes crimes, até um grau total de ineficiência, ou seja: população totalmente indefesa.

²⁵⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 101.

²⁵⁹ Idem, *Ibidem*, p. 171-181.

Quando a disparidade entre a função manifesta e a latente atingem seu grau máximo, ou seja, atingem um ângulo de cento oitenta graus, há um efeito paradoxal, pelo qual o mesmo exercício se torna um crimem contra a humanidade, ou um crime de Estado.

Apesar dos avanços no que tange o modelo de estado formatado após 88, a consolidação do regime democrático formal brasileiro, a melhoria do acesso à educação, muitas tarefas seguem a serem cumpridas. O acesso aos altos postos do funcionalismo público ainda está restrito a uma casta que detém o poder econômico; as polícias brasileiras tem formação inadequada; recebem baixos salários e como consequencia um alto indice de corrupção e criminalidade nestes setores; a legislação penal e processual a cada dia recebe modificações que visam dilapidar a legalidade estrita e conferir poderes discriciorio ao estado; a legislação processual altamente seletiva para os ricos ampla defesa absurda chegando a 4º grau de jurisdição, para os pobres prisão preventiva *ad eternum*²⁶⁰; sistema prisional para cumprimento da pena desumano²⁶¹; o pluralismo idológico nos meios de comunicação de massa está longe de se concretizar²⁶²; o Estado brasileiro é um violador do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos²⁶³.

²⁶⁰ A reforma do CPP de 2008 instituída pelas leis 11.689/08, e 11.719/08, que mudaram o procedimento do júri e o procedimento comum, acabaram com as prisões decorrentes de pronúncia e decorrente de sentença condenatória recorrível. Após estas leis o indivíduo, para se manter em cárcere, terá de preencher os requisitos altamente abertos e sujeitos a interpretação seletiva do julgador do art. 310, parágrafo único, ou seja, a prisão preventiva poderá ser decretada como *garantia da ordem pública*, da *ordem econômica*, por *conveniência da instrução criminal* ou *para assegurar a aplicação da lei penal*, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. p. 448.

²⁶¹ “Você sabe muito bem a que se refere: porrada, tortura, humilhações etc. Ou seja, penas extrajudiciais, muito freqüentes no universo prisional. Aliás, o próprio cumprimento da penal em geral corresponde a execução de uma sentença adicional não pronunciada, do tipo: serás submetido aos efeitos da superlotação carcerária, temperaturas extremas e odores repulsivos; contrairás tuberculose, outras moléstias contagiosas e alérgicas, especialmente as doenças sexualmente transmissíveis; não receberás atendimento médico nem jurídico; não terás acesso a alimentação e condições de higiene dignas; tua família sofrerá vexames nas visitas; perderás o direito a privacidade e serás privado dos mais primitivos vestígios de respeito, dignidade e auto-estima. SOARES, Luiz Eduardo. et al. **Elite da tropa 2**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p. 212.

²⁶² Não por coincidência todos os dispositivos constitucionais que versam sobre a regulação da comunicação permanecem sem serem regulamentados e há uma campanha diuturna destes meios contra regulamentação taxando-a de ditatorial. Neste sentido, tramita a ADIN por Omissão nº 11 que tem por objetivos: a garantia do direito de resposta a qualquer pessoa ofendida através dos meios de comunicação de massa; a proibição do monopólio e do

oligopólio no setor; o cumprimento, pelas emissoras de rádio e TV, da obrigação constitucional de dar preferência a programação de conteúdo informativo, educativo e artístico, além de priorizar finalidades culturais nacionais e regionais. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADO 11**. União x Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicações e Publicidade. 07 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 14 mar. 2010.

²⁶³ O Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Guerrilha do Araguaia e até o momento não cumpriu a sentença. Esse caso será enfrentado no próximo tópico deste trabalho.

4 CAPÍTULO III RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES VIOLADORES DE DIREITOS HUMANOS E O JULGAMENTO DA ADFP 153

Por estos hijos nuestros, nuestros hijos pido castigo.

Para los que se sangre salpicaron la patria pido castigo.

Para el verdugo que mandó esta muerte pido castigo.

Para el traidor que ascendió con el crimen pido castigo.

Para el que dio la orden de la agonía pido castigo.

No quiero que me den la mano empapada de sangre, pido castigo.

No los quiero de embajadores, tampoco en sus casas tranquilos los quiero ver aquí, juzgados, en este lugar compañeros.²⁶⁴

A responsabilização dos agentes perpetradores de violações dos direitos humanos fundamentais simboliza a justiça de transição por excelência. Todas outras frentes de atuação são um desdobramento do sentimento de injustiça e impunidade das transições feitas sem a responsabilização dos agentes do Estado.

De acordo com o relatado no intróito do Capítulo II deste trabalho, o conceito de Justiça de Transição começou a ser desenhado com o fim da Segunda Guerra e o dilema sobre o julgamento dos prisioneiros nazistas.

A partir da fundação da Organização das Nações Unidas todo um sistema internacional de proteção dos direitos humanos foi se construindo. Os principais marcos normativos do período são: a carta das nações Unidas de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Humanos Sociais e Culturais de 1966, a Convenção para Prevenção do Genocídio, a Convenção

²⁶⁴ Trecho do discurso proferido por uma das mães da praça de maio em 23 de maio de 1995 em frente da Escuela de Mecánica de La Armada. In: VÁSQUEZ, Inés. **Historia de las Madres de la Plaza de Mayo**. Buenos Aires: Ediciones Madres Plaza de Mayo, 2006. p. 84.

contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes no Sistema Global.

Apesar dos diversos instrumentos criados no plano internacional e do reconhecimento global de que certos valores são universais e atemporais, coexistindo modos de vida e cultura diferentes, vive-se ainda hoje um paradoxo. Os Estados ainda são regidos por um conceito de soberania tanto externo, quanto internos pré-modernos.²⁶⁵

A respeito da aplicação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos, muito pouco pode ser feito por outros estados, porque isso interferiria na sua soberania tanto interna quanto externa.

A soberania interna configura-se no poder de cada Estado de se autodeterminar livre e, autonomamente, de organizar-se e de exercer em seu território o monopólio legítimo da coerção física. Todavia, é preciso tentar equilibrá-la e compreender a soberania como uma noção legal, limitada e relativa. A soberania não significa apenas autogoverno no âmbito interno, mas a competência potencial e a disponibilidade para absorver todas as tarefas do estado e de determinar autônomas, meios e prioridades do estado²⁶⁶.

Já a soberania externa é utilizada para definir a relação horizontal dos Estados com seus pares, o poder de celebrar tratados e convenções, de declarar guerra e de celebrar paz é um instituto eminentemente de direito internacional.

Este conceito pré-moderno de soberania na qual o Estado pode tudo é frequentemente utilizado na fundamentação das anistias que visam encobrir graves violações de direitos humanos perpetradas por estados em conflitos políticos.

Para proteger e limitar a ação da soberania interna dos estados os sistemas internacionais de direitos humanos construíram alguns institutos com esta função precípua. Entre eles: o conceito de crimes de lesa-humanidade que devem ser combatidos por todos, o *jus cogens* e a Justiça Universal.

²⁶⁵ FERRAJOLI, 2007, p. 44.

²⁶⁶ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009. p. 27.

4.1 OS CRIMES DE LESA-HUMANIDADE

Os crimes de lesa-humanidade não tocam apenas a modernidade. Eles já apareciam nos textos dos primeiros autores internacionalistas como: Grocio, Puffendorf e Francisco de Vitória.²⁶⁷

Todo o processo de construção do Estado moderno vai se ocupar de impor limites ao arbítrio do poder soberano. As principais referências legislativas pré-modernas tocam neste assunto: o Estatuto do exército Inglês, editado pelo Rei Ricardo II; os códigos de Ferdinando da Hungria, Imperador Maximiliano e Gustavo Adolfo da Suécia²⁶⁸.

Porém, somente após a Segunda Guerra, com a vitória dos aliados, a comunidade internacional se ocupou de construir um conceito para abarcar este tipo penal.

Após o acordo de Londres entre os três estadistas vitoriosos, decidiu-se instituir um tribunal militar internacional para julgar os crimes de guerra alemães. Prontamente foi elaborada uma carta regulamentando o tribunal, a Carta do Tribunal Penal Internacional. Nesta carta, no seu art. 6º pela primeira vez foi positivado um conceito de crimes de lesa humanidade. Atualmente o rol dos crimes de lesa-humanidade está disposto no art. 7º²⁶⁹ do Estatuto de Roma são eles:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência à força de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais do direito internacional;
- f) Tortura;

²⁶⁷ D'ALESSIO, Andrés J. **Los delitos de Lesa Humanidad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. p. 01.

²⁶⁸ Idem, Ibidem, p. 01.

²⁶⁹ O TPI foi incorporado ao ordenamento brasileiro no art. 5º & 4º introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45: "O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

- g) Violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de apartheid;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afetem a saúde mental ou física.

Para ser caracterizado como crime de lesa-humanidade, além da conduta do agente ser um das descritas 11 alíneas do art. 7º, ela tem de ser perpetrada conjuntamente com a cabeça do artigo que diz: “para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por crime contra a Humanidade qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil [...]”. Os crimes de lesa humanidade não se diferem materialmente de outras graves violações de direitos humanos, Lucia Bastos afirma que:

Diferentemente dos crimes de guerra, os crimes contra a humanidade não precisam de um elemento transnacional e, distintamente do genocídio, eles não estão limitados a casos nos quais uma intenção de destruir um grupo racial, étnico ou religioso pode ser comprovada. A dimensão internacional é determinada pela falta de habilidade dos mecanismos estatais normais de controle para tratar da criminalidade provocada pelo próprio estado ou por seus líderes – pois somente mecanismos internacionais poderiam administrar este problema. Os crimes contra a humanidade são similares a outras graves violações de direitos humanos; eles se diferenciam, entretanto, na sua natureza coletiva e massiva, a referência a população nos crimes

contra a humanidade é que lhes configura sua massividade²⁷⁰.

Evidentemente o Estatuto de Roma não vigia ao tempo da ditadura militar. Ocorre que este conceito mudou na órbita internacional ao longo dos anos, sendo ampliado e reduzido. Porém, por ser um tipo plurinuclear e estas condutas estarem presentes em todas as convenções e acordos do sistema ONU desde 1946^{271 272}, não há que se falar em retroatividade penal neste estudo, pois as condutas dos agentes do estado já estavam tipificadas naquele momento. Este rol disposto tem a mera função de ilustrar as condutas tipificadas como crime de Lesa-Humanidade na órbita Internacional. O próprio Regime Militar brasileiro conhecia bem esta situação, não a ignorava, apenas não a reconhecia como não reconhece em seus discursos oficiais por entender que aqueles tratados não têm força de lei por supostamente invadir a soberania brasileira.

O próprio Carlos Alberto Brilhante Ustra, um dos últimos oficiais militares ainda vivos daquele tempo, relata a este respeito em seu livro *A verdade sufocada*:

As medidas de exceção como o AI-5, a suspensão do HC, a incomunicabilidade por 30 dias, a Lei de Segurança Nacional e outras, tão criticadas, foram necessárias para combater as organizações terroristas [...].

Quando as Forças Armadas, com determinação enfrentam a guerrilha, o terrorista exige ser tratado de acordo com as leis que amparam o cidadão comum, intitula-se preso político,

²⁷⁰ BASTOS, 2009, p. 55.

²⁷¹ MÉNDEZ, Juan; COVELLI, Gilmar T. R. Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias. In: BRASIL, Ministério da Justiça. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. p. 363.

²⁷² Lei 10 do Conselho Aliado de Controle, art. 1º da Convenção sobre Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes de Lesa-humanidade; Tribunal Penal Internacional de Ruanda e da Iugoslávia.

denuncia arbitrariedades e exige tratamento segundo a Convenção de Genebra [...].
Guerra é guerra, Terrorismo é terrorismo.²⁷³

As condutas tipificadas como crimes de lesa-humanidade que se enquadram no contexto do Regime Militar estão presentes nas alíneas: “a”, “d”, “e”, “f”, “h”, “i”, “k”.

A segunda parte do dispositivo se ocupa de explicar os tipos descritos. A partir de agora, analisar-se-á cada conduta descrita correlacionando-os com o contexto do Regime Militar brasileiro.

A segunda parte do art. 7º²⁷⁴ traz uma sequência de explicativa para o tipo penal. Em sua alínea “a” procura definir o que são ataques

²⁷³ USTRA, Carlos Alberto B. **A verdade sufocada**: uma história que a esquerda não quer que o Brasil a conheça. 6. ed. Brasília: Editora Ser, 2007. p. 317-318.

²⁷⁴ a) Por «ataque contra uma população civil» entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no n.º 1 contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a perseguição dessa política; b) O «exterminio» compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população; c) Por «escravidão» entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças; d) Por «deportação ou transferência à força de uma população» entende-se a deslocação coativa de pessoas através da expulsão ou de outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido em direito internacional; e) Por «tortura» entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controlo do arguido; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas acidentalmente; f) Por «gravidez à força» entende-se a privação de liberdade ilegal de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez; g) Por «perseguição» entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa; h) Por «crime de apartheid» entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no n.º 1, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros e com a intenção de manter esse regime; i) Por «desaparecimento forçado de pessoas» entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política, ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa em reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um longo período de tempo. 3 - Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo

sistemáticos a uma população civil como: “entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no nº 1 contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a perseguição dessa política; [...]”.

Esse artigo conceitua o crime de lesa-humanidade como crime de Estado ou ente organizado a ele equiparado. Para se definir Estado não existe nenhuma controvérsia. “É a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando.”²⁷⁵. Vê-se que os crimes do Regime Militar foram crimes perpetrados por agentes mando do Estado de forma sistemática e generalizada. Inclusive com estruturas especializadas para operar esse maquinário de combate à subversão.

Em relação ao termo organização, trata-se de um conceito aberto de difícil conceituação, muito utilizado de acordo com a conveniência do fato político comentado. Este é o principal problema da vaga conceituação de terrorismo, que pela sua vaga precisão ainda não atingiu o consenso internacional e na prática utiliza-se apenas para nomear o inimigo.²⁷⁶ Este raciocínio irá embasar a interpretação do art. 1º, parágrafo 2º da lei 6863/79, que trata da anistia brasileira quando for enfrentada a decisão do STF na ADPF 153.

A alínea “a”, que trata de homicídio como crime de lesa-humanidade não carece de maiores digressões, só o fato do dispositivo de ser aplicado cumulativamente ao disposto no *caput*, ou seja, com violações sistemáticas e generalizadas a população civil por Estado ou ente organizado.

A deportação ou outra transferência à força de uma população constante na alínea “d” traz a seguinte referência explicativa: “entende-se a deslocação coativa de pessoas através da expulsão ou de outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido em direito internacional; [...]”. O Regime Militar retirou todos os direitos e garantias fundamentais. Ordens de prisão eram feitas sem fundamentação. Qualquer cidadão podia ser enquadrado pela Lei de Segurança Nacional. A partir da edição do AI-5 não restou

«sexo» abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

²⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 66.

²⁷⁶ ZAFARONI, 2007, p. 65.

mais nenhum direito ou garantia individual, apesar das constantes denúncias da comunidade internacional.

Sobre a alínea “e”, da mesma forma da alínea “a” não existem maiores digressões o próprio sistema penal oficial retirou de todos os cidadãos, não só os tidos como comunistas todos os direitos individuais a partir do AI-5.

A alínea “f” tipifica como crime a tortura que traz como nota explicativa: “entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do arguido; [...]”. As torturas praticadas pelo Regime Militar não só foram brutais como foram sistemáticas a ponto de virem oficiais *mariners* norte-americanos prestar cursos específicos sobre o seu *modus operandi*, como aproveitar ao máximo o ato e extrair o máximo de informações do delinquente subversivo²⁷⁷.

Vale salientar que o tipo penal tortura só foi descrito no ordenamento jurídico brasileiro com a lei 9.455/97, o que faz com que alguns sustentem a atipicidade da conduta²⁷⁸. Porém, como o tipo penal internacional é plurinuclear e têm várias elementares, basta uma conduta do agente estatal está contida no tipo para o seu enquadramento, a tortura iria atuar como circunstância agravante.

A alínea “h” versa sobre a conduta perseguição. E traz como definição em seu complemento “entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa; [...]”. Não há maiores controvérsias, haja vista que a partir do AI-5 todos os direitos e garantias fundamentais foram ceceados.

A alínea “i” remete à conduta de desaparecimento forçado de pessoas e, como complemento: “entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.”

²⁷⁷ GASPARI, 2002, p. 357.

²⁷⁸ BOLSONARO, Jair. Entrevista. **Revista Caros Amigos**, São Paulo, ano 12, n. 138, 2008. p. 34.

Aqui cabe alguma consideração. Primeiramente foi um grande avanço do Tribunal Penal de Roma trazer essa conduta tipificada, pois os outros tratados do sistema ONU e dos Sistemas Regionais²⁷⁹ não previam. Apesar de não estar presente à época dos crimes da ditadura brasileira o código Penal brasileiro condutas análogas desde 1941²⁸⁰.

Veremos na análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a importância deste dispositivo para o direito internacional dos direitos humanos, pois o desaparecimento forçado é uma espécie de crime permanente, como tal a sua execução se protraí no tempo, impedindo os efeitos da prescrição e tornando competente todas as estruturas jurisdicionais criadas após o início da execução.²⁸¹

Sobre a alínea “k”, que diz: “outros atos desumanos de caráter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afetem a saúde mental ou física.” Devem-se fazer alguns comentários. A tipicidade foi um instituto concebido para conter o arbítrio do soberano ainda no século XIII nas sociedades ocidentais²⁸². Claro que se entende que o movimento de Internacionalização dos Direitos Humanos é uma reação à crise do positivismo que culminou com a Segunda Guerra. Este movimento conseguiu, entre outras coisas, positivizar afirmações de direitos inerentes à condição humana de matiz evidentemente Kantiana²⁸³ nas Cartas Constitucionais. Porém, este avanço também não pode ser dissociado das conquistas iluministas. Este conceito vago é típico de um arbítrio para combater outro arbítrio que foram as legislações de matiz positivista da Ditadura Militar que, em certo sentido, perduram até o presente momento no sistema penal pretensamente democrático que vige atualmente. Algumas atrocidades no século XX e XXI foram cometidas pelos Estados com base nessas violações abertas de direitos humanos inclusive com o respaldo do sistema global de proteção (ONU).

²⁷⁹ Cortes: Interamericana, Europeia e Africana de Direitos Humanos.

²⁸⁰ Sequestro e cárcere privado, art. 148; Homicídio qualificado art. 121, §2º, em concurso material do art. 69 entre outros.

²⁸¹ Item 3.3.1.

²⁸² A Magna Carta do Rei João sem terra foi o primeiro documento que expressava que o soberano está vinculado às leis que edita. COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 78.

²⁸³ COMPARATO, 2003, p. 32-33.

4.2 O *jus cogens*, a imprescritibilidade e a jurisdição universal

O *jus cogens* são normas obrigatórias do direito internacional, inderrogáveis pela vontade das partes. A fonte normativa do *jus cogens* é o costume internacional e a boa fé entre os atores de direitos internacionais. A primeira referência a estes princípios imperativos do direito internacional foi feita por Francisco de Vitória analisando a Paz de Vestfália, de 1648 que entre outras coisas estabeleceu: a configuração da ordem mundial como sociedade natural de Estados soberanos; teorização de uma série de direitos naturais dos povos e dos Estados; a separação a legitimidade do poder do estado frente ao da igreja²⁸⁴.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados previu expressamente no seu art. 53 o princípio dizendo que é nulo um tratado que conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. 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. A mesma convenção no art. 64 ainda afirma: “se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

Um exemplo reconhecido de *jus cogens* é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 que, apesar de assinada pelo Estado brasileiro, não foi ratificada reconhecida e aceita como válida e o Estado reconhece e se submete aos seus princípios.

Quanto ao princípio do *jus cogens* a jurisprudência e boa parte da doutrina penalista costumam afirmar que é um princípio por demais aberto que fere a legalidade estrita no que tange a proteção e o direito dos imputados. Isso faz com que, no contexto do direito penal internacional este princípio seja utilizado, muitas vezes, de forma dúbia. Quando conveniente à comunidade internacional majoritária ele é aplicado, quando não conveniente aceita-se a aplicação da anistia ou da prescrição como forma de reconciliar a sociedade. D’Alessio denuncia

²⁸⁴ FERRAJOLI, 2002, p. 07.

que pelo menos 12 fatos²⁸⁵ de graves violações de direitos humanos aconteceram no decorrer do século XX sem que a comunidade internacional se mobilizasse para julgá-los. Como o sistema internacional de proteção aos direitos humanos vem se aperfeiçoando ao longo do tempo, hoje já encontramos balizas que norteiam bem a aplicação do princípio principlamente na jurisprudência da CIDH que será vista adiante. Outro fator importante é que o *jus cogens* não pode ser analisado isolado da noção de jurisdição internacional e da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade.

O princípio da jurisdição internacional previsto, entre outros diplomas, na convenção de genebra de 1949 diz que qualquer Estado está obrigado a julgar pessoas que tenham cometido crimes internacionais sem levar em consideraçãoa competencia territorial ou a nacionalidade do autor ou da vitima. Esse princípio é frequentemente posto em dúvida, pois a afetaria a soberania interna do Estado. Porém o sistema internacional de direitos humanos existe exatamente para isso, limitar o exercicio da soberania estatal pela via externa.

O terceiro princípio de direito interncional, utilizado para se limitar as auto anistias concedidas após a transição política, é o da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade previsto atualmente por várias disposições internacionais: (i) convenção da nações unidas de 26/11/1968 e a convenção europeia de 25/01/1974, no que diz respeito aos crimes contra a humanidade e aos crimes de guerra; (ii) a declaração da assembleia geral da ONU, de 18/12/1992, na qual aponta que o desaparecimento forçado de pessoas deve ser considerado como um crime contra humanidade, o que o aproxima de ser imprescritível.²⁸⁶

O fundamento para aplicação da imprescritibilidade destes crimes não está na legitimação do poder punitivo, mas em seu paradoxo, na deslegitimação, o que torna a tarefa muito mais difícil. O poder punitivo nunca é todo racional principalmente quando aplicado aos crimes de lesa-humanidade. Sua irracionalidade emerge ante o fato de que os crimes contra a humanidade são geralmente conduzidos pelas mesmas

²⁸⁵ Guerra da Coréia, Independência da Argélia, Crimes do Governo franco na Espanha, Extermínio na Tribo Ibo na Nigéria, os crimes de Pol Pot no Camboja, os Gulags da União Soviética, os estatutos dos tribunais da Yugoslavia e Ruanda previram a possibilidade de indulto, a prisão americana de Guantánamo e as invasões do Iraque e Afeganistão sem respaldo do conselho de segurança da ONU. In: D'ALESSIO, Andrés. **Los delitos de lesa humanidad**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 60-62.

²⁸⁶ BASTOS, 2009, p. 61.

agências do poder punitivo operando fora do controle do direito penal, ou seja, fugindo ao controle da contenção jurídica típica dos estados modernos.^{287 288}

O Estado brasileiro ainda não ratificou a convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra humanidade de 26/11/1968, sobre este assunto poder-se-ia perfeitamente alegar que esta normas está enquadrada no princípio do *jus cogens* para aplicá-la. Como vem sendo feito por diversos Estados-nação da comunidade.

Além disto, o caso brasileiro tem uma especificidade, a convenção foi assinada em 26/11/1968, porém em treze de dezembro daquele mesmo ano o Regime Militar editou o Ato Institucional nº5 e o Ato Complementar nº 38 que, entre outras coisas, declarou em recesso o Congresso Nacional, acumulando o executivo a função legislativa. O congresso, assim, foi dissolvido só voltando a funcionar depois para homologar a posse do terceiro militar na presidência, Médice, pelos Atos Complementares 72 e 73.

Ocorre que, tradicionalmente, a ratificação de um tratado ou convenção internacional é um ato juridico complexo, ou seja, é formado pela declaração de vontades de 2 órgãos diferentes²⁸⁹, neste caso a assinatura do tratado seguida da ratificação e incorporação pelo Congresso Nacional. Como o Congresso Nacional ficou fechado durante o tempo da assinatura/ratificação/ adesão ao tratado podemos interpretar restritivamente o art. 2º paragrafo 1ºdo AI-5, o instrumento normativo mais autoritário expedido pelo Regime Militar que dizia que:

²⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Notas sobre el fundamento de La imprescriptibilidad de los crimines de lesa humanidad. In: **Nueva Doctrina Penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000. p. 444, (tradução nossa)

²⁸⁸ Lê-se no original: “El Fundamento de La imprescriptibilidadde las acciones emergentes de estos crimines no logra argumentarse adecuadamente a partir de uma legitimación Del poder punitivo, sino que Es mucho más diáfano cuando se lo explica justamente a partir de uma concepción agnóstica de éste y, por ende, de su deslegitimación. El poder punitivo nunca ES Del todo racional y tampoco lo ES cuando se lo aplica a autores de crimines contra La humanidad. Su irracionalidad emerge ante todo de que los crimines contra La huminidad son generalmente practicados por lãs mismas agencias Del poder punitivooperando fuera del control Del derecho penal, es decir, huyendo el control y La contención jurídica.”.

²⁸⁹ Mello, 2008, p. 414.

Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

Dessa maneira, de acordo com o dispositivo do AI-5, como o Congresso estava fechado e a revolução tinha avocado as atribuições e competências do Congresso Nacional, pode-se afirmar que o Ato Administrativo político complexo de internalizar um tratado internacional transmudou-se um Ato Administrativo simples sob pena de se ferir os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra *pacta sunt servanda*, universalmente reconhecidos e expressos na Convenção de Viena.

A seguir iremos analisar como a jurisprudência da Corte Interamericana vem adotando e utilizando esses princípios nos regimes e violações de direitos humanos dos Estados sob sua jurisdição.

4.3 O SISTEMA INTERAMERICANO E SUA INTERPRETAÇÃO SOBRE AUTOANISTIAS

O sistema regional interamericano é composto por dois subsistemas que coexistem²⁹⁰: O subsistema da OEA (Organização dos Estados Americanos) e o subsistema da Convenção Americana de Direitos Humanos. O primeiro, da OEA, fundado em 1948 contém regras gerais de proteção com fundamento nas cartas da OEA e da Declaração Americana de Direitos Humanos. O segundo tem como integrante apenas parte dos Estados americanos e a regras do primeiro valem subsidiariamente ao segundo²⁹¹.

²⁹⁰ O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é composto por quatro diplomas normativos: A declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana dos Direitos do Homem e o Protocolo de San Salvador Relativo aos Direitos do Homem. RAMOS, André de carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos: análise de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 213-214.

²⁹¹ RAMOS, 2002, p. 214.

O segundo subsistema foi criado em 1969, sendo considerado o instrumento de maior proteção do sistema americano que é a Convenção Americana de Direitos Humanos, só entrando em vigor em 1978 após a 11ª adesão. Segundo Piovesan, “os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas ao revés são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da declaração universal, compõem o universo instrumental de proteção de direitos humanos, no plano internacional”.²⁹²

Com o objetivo de proteger os direitos essenciais do homem a Convenção Americana criou dois órgãos para identificar e combater a violações de direitos humanos: a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana possui duplo tratamento normativo, pois participa tanto do organograma da OEA como seu órgão principal, quanto da convenção Americana de Direitos Humanos. Competindo a ela no âmbito da OEA: “iniciar em face de todos os estados membros da OEA os procedimentos geográficos e ainda elaborar relatórios apontando violação da obrigação internacional de respeitá-los, ensejando a responsabilidade internacional do estado a ser apreciada pela assembleia Geral da OEA”²⁹³. Enquanto na Convenção Americana “exerce função de juízo de admissibilidade das demandas dirigidas à corte”²⁹⁴ interamericana de direitos humanos.

Para Piovesan a Comissão Interamericana, além de analisar previamente as demandas da corte tem como funções precípuas:

- 1 - Conciliadora: entre um governo e grupos sociais que vejam violados os direitos de seus membros;
- 2 - Assessora: aconselhando os governos a adotar medidas adequadas para a promoção dos DH (Direitos Humanos);
- 3 - Legitimadora: para quando governos em decorrência de informe, visita ou exame da

²⁹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 228.

²⁹³ RAMOS, 2002, p. 226.

²⁹⁴ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 164-165.

comissão decide acatar e reparar as falhas e violações de DH;

4 - Promotora: ao fomentar e estimular estudos para a promoção e respeito aos DH,

5 - Protetora: quando intervém contra um governo que suspenda uma ação e informe sobre os atos praticados.²⁹⁵

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é um órgão jurisdicional autônomo criado pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Composto por 7 juizes de Estados da OEA. Possui competências consultiva e contenciosa previstas nos art. 1º²⁹⁶ e 2º²⁹⁷ da convenção.

Nas atribuições consultivas cabe a corte definir e interpretar os termos da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos além de emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais²⁹⁸.

Já, quanto às competências contenciosas, somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte e, para que possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados todos os requisitos de saneamento previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (art.48 ao 50).

²⁹⁵ PIOVESAN, 2002, p. 234.

²⁹⁶ A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte exerce suas funções em conformidade com as disposições da citada Convenção e deste Estatuto.

²⁹⁷ A Corte exerce função jurisdicional e consultiva. §1. Sua função jurisdicional se rege pelas disposições dos artigos "61, 62 e 63" da Convenção. §2. Sua função consultiva se rege pelas disposições do "artigo 64" da Convenção.

²⁹⁸ Art. 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos: "1 Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhe compete, os órgãos enumerados no Capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. "A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais."

Quando decidir se houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seus direitos ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Em casos de extrema gravidade e urgência e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

Para Vladimir Silveira, apesar de não fazer parte do rol formal do art. 92 da Constituição brasileira, a Corte Interamericana figura entre os órgãos com poder jurisdicional no Brasil, tal fato decorre da ratificação do pacto de *San Jose da Costa Rica* pelo Decreto Legislativo 678 de 06/11/1992²⁹⁹.

Com relação às auto anistias, ou anistias em branco, a CIDH tem pronunciado sistematicamente que elas violam dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos no tocante à proteção das vítimas e que, por essa razão, devem ser afastadas em virtude do conflito de normas utilizando apenas o critério temporal que a lei posterior derroga a anterior sem entrar na polêmica do critério da recepção da hierarquia dos tratados de direitos humanos³⁰⁰.

A seguir, as principais disposições da Convenção Americana que são violadas pelos Estados signatários quando editam auto anistias ou em branco para procederem suas transições³⁰¹:

Direito à vida (art. 4º): A convenção estabelece que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves,

²⁹⁹ SILVEIRA, 2010, p. 165.

³⁰⁰ Esse tema será tratado no Capítulo IV, quando analisarmos o HC 85785/TO que afastou a prisão do depositário infiel no Brasil.

³⁰¹ BASTOS, 2009, p. 246.

em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.

Direito à integridade pessoal (art. 5º): Em relação as anistias e ditaduras tem relação direta os parágrafos 1,2,3. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. A pena não pode passar da pessoa do delincente.

Direito à liberdade pessoal (art.7º): As disposições do parágrafo 1 a 6 conflitam com as anistias. Estabelece que toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes, cujas

leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

Garantias Judiciais (art. 8º): Estabelece que toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei³⁰²; Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa³⁰³. Todo acusado tem direito de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, tem direito à comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; concessão do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.³⁰⁴ direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.³⁰⁵ A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de

³⁰² Princípio do Juiz Natural.

³⁰³ Princípio da presunção de inocência.

³⁰⁴ Princípio da ampla defesa.

³⁰⁵ Princípio do duplo grau de jurisdição.

nenhuma natureza. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos³⁰⁶. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.³⁰⁷

A jurisprudência da CIDH foi gradativamente enfrentando as violações de direitos humanos e aos poucos foi afastando as anistias dos ordenamentos internos sob esses fundamentos em vários casos, entre eles: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *Castillo Páez vs. Peru*, *Barrios Altos ou Chumbipuma Aguirre vs. Peru*, *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, *La Canuta vs. Peru* e, o último e o que mais interessa ao objeto desta obra, o caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*.

No caso *Velásquez*, julgado em 1988, apesar de não enfrentar uma Lei de Anistia propriamente, este case foi o primeiro enfrentado pela CIDH que afirmou que os estados signatários têm uma obrigação afirmativa em relação aos seus cidadãos de evitar e punir violações de DH (direitos humanos). A corte afirmou:

O desaparecimento forçado de seres humanos é uma violação múltipla e contínua de muitos direitos constantes da convenção, que os Estados Partes são obrigados a respeitar e garantir. Esta obrigação implica no dever dos Estados Partes de organizar um aparato governamental, no qual o poder público é exercido, capaz de juridicamente assegurar o livre e pleno exercício dos DH. Como consequência desta obrigação, os estados devem prevenir, investigar e punir qualquer violação de direitos enunciados na convenção e, além disso, se

³⁰⁶ Coisa julgada *secundum eventus litis* – Aqui o legislador escolhe um resultado da causa e diz que só haverá coisa julgada em um dos resultados possíveis. Só há coisa julgada no âmbito penal nas sentenças absolutórias porque uma sentença condenatória penal pode ser revista a qualquer momento. In: DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil II: Direito Probatório, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: Juspodium, 2008. p. 565.

³⁰⁷ Princípio da publicidade dos atos processuais.

possível, devem buscar a restauração de direito violado, prevendo uma compensação em virtude dos danos resultantes da violação.³⁰⁸

Enquanto que no caso *Castillo Páez vs. Peru*, julgado em 1997, o tema da anistia apareceu de forma transversa, pois o Estado peruano argumentou que não poderia investigar nem reparar as vítimas em virtude de duas leis internas de anistia existentes, a sentença, apesar de cautelosa e restrita, exigia que o Estado peruano removesse qualquer obstáculo legal que impedisse a investigação da verdade e a reparação do dano.

Esta decisão foi um marco histórico também porque foi umas das primeiras que reconheceu a possibilidade de processamento do pedido sem o esgotamento das instancias internas previsto na Convenção Americana em virtude da preclusão, pois aquela exceção de inadmissibilidade teria de ser arguida no procedimento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.³⁰⁹

Em 08/06/2000 a CIDH recebeu uma petição que deveria decidir as violações dos art. 4º, 5º, 8º, 13º e 25º da Convenção Americana de Direitos Humanos em razão do não julgamento dos crimes do massacre de Barrios Altos acobertados pelas leis de anistia 26.479 e 26.492. No caso concreto, 6 integrantes do serviço secreto peruano foram acusados de exterminar 15 pessoas, deixando outras 4 gravemente feridas em represália ao grupo *Sendero Luminoso*.

Depois de algumas reviravoltas no poder judiciário, o procedimento não sofreu a devida investigação nem julgamento da eventual sanção dos violadores em virtude da promulgação das leis de anistia. A primeira lei (26.479) foi declarada inconstitucional. Contudo, em 14/07/1995 a décima primeira sala penal da corte superior de Lima declarou aplicável a lei 24.479 aos paramilitares do massacre sob o argumento de que os juizes são meros aplicadores dos mandamentos legislativos do congresso legitimados pela soberania popular.³¹⁰

No procedimento instalado na Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1999, o estado Peruano arguiu tempestivamente a

³⁰⁸ PIOVESAN, 2002, p. 246.

³⁰⁹ RAMOS, 2002, p. 231.

³¹⁰ BASTOS, 2009, p. 255.

exceção de não esgotamento dos recursos internos. No ano de 2000 a comissão adotou em seu relatório anual a recomendação de que o Estado peruano anulasse toda massa legislativa que obstasse a investigação, julgamento e eventual punição dos acusados; conduzisse uma investigação real e efetiva a respeito dos fatos; e ainda que garantisse uma reparação pelas violações de direitos humanos causados às vítimas e familiares destas³¹¹.

O estado Peruano se negou a fazê-lo alegando que aquelas leis eram excepcionais e que haviam sido implementadas contra a violência terrorista. Sob o fundamento do art. 46, 2³¹² da convenção americana a comissão decidiu submeter o caso à corte.

No procedimento da corte o Estado peruano reconheceu as violações e propôs um acordo entre o peticionário e o Estado com anuência da corte. Os pontos principais foram: identificação de mecanismos para esclarecer os fatos que fundamentaram a petição, análise da viabilidade da punição dos responsáveis, acordo específico sobre as reparações.

O caso Barrios Altos foi o primeiro caso em que a corte enfrentou o tema das anistias em brancos de forma direta afirmando que:

Esta corte considera que são inadmissíveis as disposições sobre anistias, sobre prescrição, e ainda excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos agentes responsáveis por graves violações de direitos humanos tais como: torturas; execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias; e desaparecimentos forçados; todas elas proibidas por contrariar direitos inderrogáveis reconhecidos

³¹¹ BASTOS, 2009, p. 256.

³¹² O esgotamento dos recursos não será necessário quando: a não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.^{313 314}

No caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, a CIDH enfrentou a falta de investigação e a sanção dos responsáveis pela execução extrajudicial de Almonacid Arellano ocorrida em 73 e encoberta por uma Lei de Anistia, o Decreto Lei 2.191.

No caso em tela, a CIDH faz uma análise mais profunda das anistias dissociando o conceito de violações de direitos humanos com de violações de direito internacional humanitário. Que no segundo caso, quando fosse envolvida guerra civil, conflito armado, intenso as anistias seriam tanto possíveis quanto estimuladas.³¹⁵

No entanto, para o objeto deste trabalho a maior contribuição deste julgado foi analisar a competência da corte a respeito das leis de anistia editadas antes da adesão do Estado Parte a Convenção Americana de Direito Humanos e ficou assentado que:

No que se refere à vigência do Decreto-Lei nº 2.191 não se pode alegar a violação do artigo 2º da Convenção Americana em virtude do decreto ser de 1978 e por essa razão a CIDH não ser

³¹³ CIDH, **Caso Barrios Altos**, Julgamento de 14 de março de 2001, série C, n. 75, parágrafo 41. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_83_esp.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2011. (tradução nossa)

³¹⁴ Lê-se no original: “Esta Corte considera que son inad-misibles 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 in-derogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”

³¹⁵ O Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos são dois conjuntos de leis distintos, mas complementares. Ambos buscam proteger o indivíduo de ações arbitrárias e abusos. Os Direitos Humanos são inerentes ao ser humano e protegem os indivíduos sempre, seja em tempos de guerra ou de paz. O Direito Internacional Humanitário se aplica apenas em situações de conflitos armados. Portanto, em tempos de conflitos armados o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário se aplicam de maneira complementar. IN: Sítio do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Disponível em: <<http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/htmlall/icrc?OpenDocument>>. Acesso em: 18 mar. 2011.

competente para conhecer deste fato. O princípio do descumprimento do art. 2º da convenção se dá quando o estado se obriga a adequar sua legislação interna com a convenção, ou seja, no momento que a ratificou. Em outras palavras, a corte não tem competência para declarar uma suposta violação do artigo 2º da Convenção no momento que o decreto-lei foi promulgado (1978), ou sobre a sua validade e aplicação à 21 ago 1990, porque naquele momento não existia a obrigação do estado adequar sua legislação interna aos padrões da convenção. Não obstante, a partir desta data nasce para o Chile esta obrigação, e esta corte passa a ser competente para declarar se cumpriu ou não.^{316 317}

Outro fato interessante apontado por Ivan Cláudio Marx³¹⁸ neste julgamento é que a corte assentou o entendimento que o crime de desaparecimento é uma espécie de crime permanente, sendo que a consumação se prolonga no tempo enquanto se mantém, por decisão do agente, a situação ilícita de violação ao bem jurídico, em função de não cessar a conduta não correrá a prescrição, neste sentido:

³¹⁶ CIDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 50. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2011. (tradução nossa)

³¹⁷ Lê-se no original: “50. En lo que se refiere a la vigencia del Decreto Ley No. 2.191, no puede alegarse que el principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se haya dado con la promulgación de éste en 1978, y que por ende la Corte no tiene competencia para conocer ese hecho. El principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se produce cuando el Estado se obligó a adecuar su legislación interna a la Convención, es decir, al momento en que la ratificó. En otras palabras, la Corte no tiene competencia para declarar una presunta violación al artículo 2 de la Convención al momento en que dicho Decreto Ley fue promulgado (1978), ni respecto a su vigencia y aplicación hasta el 21 de agosto de 1990, porque hasta ese momento no existía el deber del Estado de adecuar su legislación interna a los estándares de la Convención Americana. No obstante, a partir de esa fecha rige para Chile tal obligación, y esta Corte es competente para declarar si la ha cumplido o no.”

³¹⁸ MARX, Ivan Cláudio. *De Barrios Altos à Guerrilha do Araguaia: A possível condenação do Estado brasileiro*. In: **Revista Internacional de Direito e Cidadania**. n. 5, outubro/2009. p. 116.

A corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a convenção e declarar uma violação as suas normas quando os fatos alegados a conduta do estado demandado que puder implicar responsabilidade internacional são anteriores ao reconhecimento da competência do tribunal.

Sem embargo, quando se trata de uma violação contínua ou permanente, cujo inicio se houver dado antes que o estado demandado tiver reconhecido a competência contenciosa da CIDH e continua a persistir após este reconhecimento, o tribunal será competente para conhecer das condutas ocorridas e decidir sobre as violações.³¹⁹

³²⁰

O caso *La Canuta vs. Peru* teve como objeto o desaparecimento e execução de 9 estudantes e um professor da *Universidad Nacional de Educación Enrique Guzman* ocorridos em 1992. Na sentença a CIDH afasta novamente as anistias das leis 26.479 e 26.492 que já haviam sido enfrentadas quando do julgamento do massacre de Barrios Altos.

Além de afastar a leis de anistia, a sentença inova, pois sistematiza toda a jurisprudência da corte sobre o assunto afirmando que aqueles casos não eram isolados, ou uma simples recomendação, era um mandamento e a posição da corte³²¹. O texto da sentença é um claro exemplo de que o órgão jurisdicional além de indicar o dispositivo da sentença enfrentando o pedido do peticionário, quis deixar bem claro a

³¹⁹ CIDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 66-67. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2011. (tradução nossa)

³²⁰ Lê-se no original: La Corte no puede ejercer su competencia contenciosa para aplicar la Convención y declarar una violación a sus normas cuando los hechos alegados o la conducta del Estado demandado que pudiera implicar responsabilidad internacional, son anteriores al reconocimiento de la competencia del Tribunal. 67. Sin embargo, cuando se trata de una violación continua o permanente, cuyo inicio se hubiere dado antes de que el Estado demandado hubiere reconocido la competencia contenciosa de la Corte y que persiste aún después de este reconocimiento, el Tribunal es competente para conocer de las conductas ocurridas con posterioridad al reconocimiento de la competencia y de los efectos de las violaciones.

³²¹ BASTOS, 2009, p. 263.

fundamentação do dispositivo e a força vinculativa (*Ratio Decidendi*) do precedente.³²²

No voto em separado de despedida do brasileiro Cançado Trindade, este inova a jurisprudência da corte afirmando taxativamente que o *jus cogens* é um princípio de Direito Internacional dos Direitos Humanos que, ao longo dos anos, a CIDH foi evoluindo e aprofundando sua recepção e que de forma alguma poderia haver retrocesso no conteúdo argumentativo daquela matéria.

Em casos como o presente em que o aparato do poder estatal foi indevidamente utilizado para cometer crimes de estado (em uma distorção chocante dos fins do Estado), constituindo violações inadmissíveis do *jus cogens* e, para depois encobrir estes delitos e manter estes agentes perpetradores na impunidade, enquanto que os familiares das vítimas (também vitimados) no mais completo desespero e desolação, em casos como o de *La Canuta vs. Barrios Altos*, em que os crimes contra direitos humanos foram perpetrados sob o marco de uma comprovada prática criminal do estado, as pacientes reconstituição e determinação dos fatos por esta corte, elas próprias, uma forma de prover satisfação como forma de reparação às vítimas e familiares enaltecendo e prestando uma homenagem as vítimas falecidas.

O *jus cogens* resiste aos crimes de Estado, impondo sanções aos mesmos, em razão do comprometimento e da responsabilidade agravada do estado. Como consequência desses crimes, as reparações devidas assumem a forma de obrigações de fazer, incluindo investigação, julgamento e sanção dos responsáveis envolvidos por ação ou omissão. O direito não existe para que suas regras sejam violadas como pretendem insinuar alguns realistas degenerados por sua

³²² Segundo Dider, *Ratio Decidendi* é norma jurídica geral que se encontra na fundamentação da sentença da qual se extrai a norma individualizada do dispositivo da decisão. DIDIER, 2008, p. 351.

indubitável e patética idolatria pelo poder estabelecido. Pelo contrario, o direito imperativa (*jus cogens*) reage imediatamente atais violações, e impondo sanções.^{323 324}

Agora, após tratarmos da jurisprudência da CIDH, trataremos do julgamento do caso brasileiro da Guerrilha do Araguaia julgado em 24/11/2010.

4.3.1. O caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil³²⁵

O presente caso foi julgado pela CIDH no dia 24/11/2010. Não simbolizou nenhuma mudança substancial no entendimento da corte acerca dos crimes dos regimes militares do cone sul e suas anistias como

³²³ TRINDADE, Caçado. Voto em separado In: CIDH, **Caso La Canuta vs. Peru**, Julgamento de 29 de novembro de 2006: (*Fondo, Reparaciones y Costas*), série C. p. 148. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2011. (tradução nossa)

³²⁴ Lê-se no original: En casos como el presente, en que el aparato del poder estatal fue indebidamente utilizado para cometer crímenes de Estado (en una chocante distorsión e los fines del Estado), constituyendo violaciones inadmisibles del *jus cogens*, y para después encubrir dichos crímenes y mantener sus agentes, perpetradores de los mismos, en la impunidad, y los familiares de las víctimas (también victimados) en la más completa desolación y desesperación, - en casos como los de *La Cantuta* y de *Barrios Altos*, en que los crímenes contra los derechos humanos fueron perpetrados en el marco de una comprobada práctica criminal del Estado, - las pacientes reconstitución y determinación de los hechos por esta Corte constituyen, ellas propias, una de las formas de proveer satisfacción - como forma de reparación - debida a los familiares sobrevivientes de las víctimas (quienes también son víctimas), y de rendir honor a la memoria de las víctimas fallecidas.

El *jus cogens* resiste a los crímenes de Estado, e impone sanciones a los mismos, en razón del pronto comprometimiento de la responsabilidad internacional *agravada* del Estado. Como consecuencia de dichos crímenes, las reparaciones debidas asumen la forma de distintas obligaciones de hacer, incluyendo la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables por los crímenes de Estado que perpetraron (por acción u omisión). El Derecho no deja de existir por la violación de sus normas, como pretenden insinuar los "realistas" degenerados por su ineludible y patética idolatría al poder establecido. Todo lo contrario, el derecho imperativo (*jus cogens*) reacciona inmediatamente a dichas violaciones, e impone sanciones.

³²⁵ O objeto da demanda já fora analisado no item 3.4.4 desta obra.

técnica de neutralização³²⁶. Iremos analisar antes de adentrar o mérito do julgado as exceções arguidas pelo Estado brasileiro.

a) exceção temporal

No que tange a exceção de competência temporal interposta pelo Estado brasileiro em virtude de que a Lei de Anistia é de 1979, anterior, portanto, à incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo DL678/92. A CIDH se posicionou exatamente da mesma forma que no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, que a corte é competente pra afastar qualquer marco legal anterior a sua ratificação que esteja obstaculizando os postulados da convenção.

Apesar de admitir que a corte não pode retroagir sua competência para julgar casos anteriores a sua ratificação, o entendimento consolidado do tribunal³²⁷ é de que crimes de desaparecimento forçado é de tipo permanente ou seja sua execução se protraí no tempo, por essa razão a corte se deu por competente para conhecer do caso à exceção da execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996, ou seja dois anos antes do estado reconhecer a competência contenciosa desta corte³²⁸.

³²⁶ Esta técnica será descrita minuciosamente no tópico 3.6, quando trataremos do julgamento da ADPF 153.

³²⁷ Cf. Caso *Blake versus Guatemala*. Exceções Preliminares. Sentença de 2 de julho de 1996. Série C, nº 27, pars. 39-40; caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares; sentença de 26 de setembro de 2006 série C, par. 50; Caso *Radilla Pacheco versus México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C, nº 209, par. 23 e Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º de setembro de 2010. Série C, nº 217, par. 21. No mesmo sentido, artigo 14.2 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Fatos Internacionalmente Ilícitos; Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº 56/83, de 12 de dezembro de 2001, Anexo, U.N. Doc. A/56/49 (Vol. I) / Corr. 4.

³²⁸ CIDH. Caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 15-19. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2011.

b) Preliminar de carência de interesse processual

O Estado brasileiro arguiu em preliminar falta de interesse processual pelo fato do Estado brasileiro ter respondido o relatório de mérito 98/08 e também pelo fato do Estado brasileiro estar procedendo reparações às vítimas fruto das leis 9140/95 e 10559/02. Em resposta, a CIDH afastou a preliminar alegando que:

O Tribunal considera, portanto, que as ações que o Estado afirma que adotou para reparar as supostas violações cometidas no presente caso, ou evitar sua repetição, podem ser relevantes para a análise da Corte sobre o mérito do caso e, eventualmente, para as possíveis reparações que se ordenem, mas não têm efeito sobre o exercício da competência da Corte para dele conhecer. Com base no exposto acima, o Tribunal desestima a exceção preliminar do Estado. 329

Ainda antes de adentrar no mérito, o Estado brasileiro alegou falta de esgotamento dos recursos internos elencando os seguintes instrumentos ainda não esgotados³³⁰: A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, mediante a qual se solicitou que a anistia concedida pela Lei de Anistia No. 6.683/79 não se estenda aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra os opositores políticos; a Ação Ordinária No. 82.00.024682-5, mediante a qual se solicitou a determinação do paradeiro dos desaparecidos, a localização dos restos mortais, o esclarecimento das circunstâncias da morte e a entrega do relatório oficial sobre as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia; a Ação Civil Pública No. 2001.39.01.000810-5, interposta pelo Ministério Público Federal para obter do Estado todos os documentos existentes sobre ações militares das Forças Armadas contra a Guerrilha; a ação privada subsidiária para a persecução penal

³²⁹ CIDH. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010 (*Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*). Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 31. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2011.

³³⁰ A maioria destes instrumentos foram analisados no Capítulo II desta obra.

dos crimes de ação pública, e as iniciativas referentes à solicitação de indenizações, como a Ação Ordinária Civil de Indenização e a solicitação de reparação pecuniária, no âmbito da Lei no. 9.140/95, da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, e da Comissão de Anistia, de acordo com a Lei no. 10.559/02, entre outras medidas de reparação.

A CIDH afastou também esta exceção fundada em farta jurisprudência contenciosa e consultiva³³¹, no que tange a intempestividade do momento da alegação, pois esta deveria ter sido alegada no procedimento de admissibilidade perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Este entendimento está já assentado desde prospera na Corte há mais de 20 anos e está firmado normativamente desde 2001 com a edição do relatório de admissibilidade 33/01.

Com isso a corte só conheceu da exceção com fundamento na ação ordinária nº 82.00.024682-5, que foi processada em 1982, portanto anterior ao referido relatório. No mérito a CIDH afirmou que:

A Corte observa que não se deduz do expediente a alegada análise inadequada por parte da Comissão a respeito desta exceção. De igual maneira, durante a tramitação do caso perante a Corte, o Estado teve a oportunidade de apresentar seus argumentos de defesa quanto a todos os aspectos da demanda, apesar do que, não demonstrou prejuízo a seu direito de defesa em razão da referida atuação da Comissão. Desse modo, o Tribunal não encontra elementos para modificar, neste caso, o que foi decidido pela Comissão Interamericana. Além disso, a partir dos argumentos das partes e das provas contidas no

³³¹ CIDH.Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C, nº.1, par. 88; Caso Da Costa Cadogan, supra nota 35, par. 18 e Caso Usón Ramírez versus Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C, nº 207, par. 19.; Caso Herrera Ulloa versus Costa Rica. Exceções Preliminares, Reparações e Custas. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C, nº 107, par. 81; Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) versus Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas.Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C, nº 182, par. 24 e Caso Bayarri, supra nota 33, par. 16.

expediente, a Corte observa que as alegações do Estado relativas à eficácia do recurso e à inexistência de um atraso injustificado na Ação Ordinária versam sobre questões relacionadas com o mérito do caso, uma vez que contradizem as alegações relacionadas com a suposta violação dos artigos 8, 13 e 25 da Convenção Americana. Com base nas considerações anteriores, o Tribunal desestima esta exceção preliminar.³³²

Com relação à ADPF 153, a CIDH acolheu a tese dos peticionários afirmando que ao analisar as violações dos postulados da Convenção Americana a corte pode adentrar na análise de processos internos, inclusive de seus órgãos superiores³³³. Pela simples razão de que ao enfrentar o caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil a CIDH não está fazendo realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que já foi matéria do pronunciamento judicial, mas sim, um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana³³⁴.

³³² CIDH. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 42. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2011.

³³³ Ver: CIDH. Caso dos “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros) versus Guatemala. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C, nº 63, par. 222; Caso Escher e outros versus Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C, nº 200, par. 44; Caso da Costa Cadogan versus Barbados. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de setembro de 2009. Série C, nº 204, par. 30.

³³⁴ CIDH. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 49. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2011.

c) Mérito da sentença³³⁵

Já enfrentando o mérito, a CIDH declara incidentalmente que 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, 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 como em Barrios Altos.

O Estado brasileiro é culpado pelo desaparecimento forçado no caso da Guerrilha do Araguaia tendo, em razão disso, violado os arts. 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos contra as vítimas do período qualificadas³³⁶ na petição inicial.

O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado, portanto o Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo

³³⁵ CIDH. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219. Pontos resolutivos 3 à 7. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2011.

³³⁶ Adriano Fonseca Fernandes Filho, André Grabois, Antônio Alfredo de Lima (ou Antônio Alfredo Campos), Antônio Carlos Monteiro Teixeira, Antônio de Pádua Costa, Antônio Ferreira Pinto, Antônio Guilherme Ribeiro Ribas, Antônio Teodoro de Castro, Arildo Airton Valadão, Áurea Elisa Pereira Valadão, Bérqson Gurjão Farias, Cilon Cunha Brum, Ciro Flávio Salazar de Oliveira, Custódio Saraiva Neto, Daniel Ribeiro Callado, Dermeval da Silva Pereira, Dinaelza Santana Coqueiro, Dinalva Oliveira Teixeira, Divino Ferreira de Souza, Elmo Corrêa, Francisco Manoel Chaves, Gilberto Olímpio Maria, Guilherme Gomes Lund, Helenira Resende de Souza Nazareth, Hélio Luiz Navarro de Magalhães, Idalísio Soares Aranha Filho, Jaime Petit da Silva, Jana Moroni Barroso, João Carlos Haas Sobrinho, João Gualberto Calatrone, José Huberto Bronca, José Lima Piauhy Dourado, José Maurílio Patrício, José Toledo de Oliveira, Kleber Lemos da Silva, Líbero Giancarlo Castiglia, Lourival de Moura Paulino, Lúcia Maria de Souza, Lúcio Petit da Silva, Luiz René Silveira e Silva, Luiz Vieira de Almeida, Luíza Augusta Garlippe, Manuel José Nurchis, Marcos José de Lima, Maria Célia Corrêa, Maurício Grabois, Miguel Pereira dos Santos, Nelson Lima Piauhy Dourado, Orlando Momento, Osvaldo Orlando da Costa, Paulo Mendes Rodrigues, Paulo Roberto Pereira Marques, Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Rodolfo de Carvalho Troiano, Rosalindo Souza, Suelly Yumiko Kanayama, Telma Regina Cordeiro Corrêa, Tobias Pereira Júnior, Uirassú de Assis Batista, Vandick Reidner Pereira Coqueiro e Walkíria Afonso Costa.

2³³⁷, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos .

O Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13³³⁸ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido.

O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1³³⁹ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em favor dos familiares das vítimas. A sentença faz ainda distinção dos familiares diretos e indiretos. Os familiares diretos (que estão no mesmo troco genealógico) têm uma presunção de que a integridade pessoal foi abalada, enquanto que os indiretos têm de comprová-la.

Vinte e quatro familiares das vítimas não foram abrangidos pela sentença, pois faleceram antes de o Brasil aceitar expressamente jurisdição obrigatória da corte³⁴⁰, enquanto que outros 34 familiares que não tiveram a data de óbito individualizada, a CIDH determinou que seus familiares ou seus representantes legais devem apresentar à Corte, em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente sentença, a documentação que comprove que a data de falecimento é posterior a 10 de dezembro de 1998, para efeitos de confirmar sua condição de vítimas do presente caso.

³³⁷ Dever de adotar disposições de direito interno: se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

³³⁸ Liberdade de pensamento e de expressão: Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

³³⁹ Direito à integridade pessoal: 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

³⁴⁰ Prevista no art. 62 da Convenção Americana internalizado pelo Decreto-legislativo 89/98.

d) Obrigação de fazer

A decisão da corte declara que ela por si só já constitui um título executivo e uma forma de reparação mesmo que simbólica. Neste sentido o Estado brasileiro deve:

Conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja;

Realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares;

Oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram. Os respectivos tratamentos também deverão ser prestados no Brasil pelo tempo que seja necessário e incluir o fornecimento gratuito dos medicamentos que eventualmente requeiram. O tratamento psicológico ou psiquiátrico deve ser prestado por pessoal e instituições estatais especializadas no atendimento de vítimas de fatos como os ocorridos no presente caso. Caso o Estado careça do pessoal ou das instituições que possam prover o nível requerido de atenção, deverá recorrer a instituições privadas ou da sociedade civil especializadas³⁴¹;

Publicar: uma única vez, no Diário Oficial, a presente Sentença, incluindo os nomes dos capítulos e subtítulos – sem as notas de rodapé, o resumo oficial da Sentença proferida pela Corte em um diário de ampla circulação nacional, na

³⁴¹ Para a senhora Elena Gibertini Castiglia, mãe do desaparecido Libero Giancarlo Castiglia, reside na cidade de San Lucido, Itália a corte determinou o pagamento de 7.500 dólares americanos para satisfazer este quesito.

Íntegra a presente Sentença em um sítio eletrônico adequado do Estado, levando em conta as características da publicação que se ordena realizar, a qual deve permanecer disponível durante, pelo menos, o período de um ano. Num sítio eletrônico adequado, a sentença da CIDH em formato de livro eletrônico. Estas publicações devem ser efetivadas no prazo de seis meses, contados a partir da notificação da presente Sentença;

Realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, em relação aos fatos do presente caso, referindo-se às violações estabelecidas na presente Sentença. O ato deverá levar-se a cabo mediante uma cerimônia pública em presença de altas autoridades nacionais e das vítimas do presente caso. O Estado deverá acordar com as vítimas e seus representantes a modalidade de cumprimento do ato público de reconhecimento, bem como as particularidades que se requeiram, como o local e a data da realização. Esse ato deverá ser divulgado pelos meios de comunicação e, para sua realização, o Estado dispõe do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença;

Implementar em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, destinado a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas. Como parte dessa formação, deverá ser incluída a presente Sentença, a jurisprudência da Corte Interamericana a respeito do desaparecimento forçado de pessoas, de outras graves violações aos direitos humanos e à jurisdição penal militar, bem como às obrigações internacionais de direitos humanos do Brasil, derivadas dos tratados nos quais é parte;

Adotar as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, em conformidade com os parâmetros interamericanos. Essa obrigação vincula a todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto. O

Estado não deve limitar-se a promover o projeto de lei de que se trata, mas assegurar sua pronta sanção e entrada em vigor, de acordo com os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico interno. Enquanto cumpre essa medida, o Estado deverá adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, punição dos fatos constitutivos do desaparecimento forçado, através dos mecanismos existentes no direito interno;

Conduzir iniciativas de busca, sistematização e publicação das informações sobre a Guerrilha do Araguaia, bem como de informações relativas às violações de direitos humanos ocorridas durante o Regime Militar, e a elas garantindo o acesso;

Pagar:

1. 3000 mil dólares americanos a título de despesas médicas a favor de cada um dos familiares considerados vítimas na sentença,
2. O montante de US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada familiar direto e de US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada familiar não direto, em atenção a sua jurisprudência, em consideração às circunstâncias do presente caso, às violações cometidas, aos sofrimentos ocasionados e ao tratamento que receberam, ao tempo transcorrido, à denegação de justiça e de informação, bem como às mudanças nas condições de vida e às demais consequências dos danos ordem imaterial que sofreram,
3. O montante de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares dos Estados Unidos da América), US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) e US\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor do Grupo Tortura Nunca Mais, da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de

São Paulo e do Centro pela Justiça e o Direito Internacional, respectivamente, a título de custas e gastos, salientando que essa indenização não obstaculiza outras que por ventura existirem no direito interno e que a indenizações eventualmente já recebidas nos procedimentos previstos nas leis 9140/95 e 10.552/02 devem ser deduzidas do computo previsto;

Realizar uma convocatória, em, ao menos, um jornal de circulação nacional e um da região onde ocorreram os fatos do presente caso, ou mediante outra modalidade adequada, para que, por um período de 24 meses, contado a partir da notificação da Sentença, os familiares das pessoas aporem prova suficiente que permita ao Estado identificá-los e, conforme o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei no. 9.140/95 e da sentença;

Permitir que, por um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, os familiares dos senhores Francisco Manoel Chaves, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, possam apresentarlhe, se assim desejarem, suas solicitações de indenização utilizando os critérios e mecanismos estabelecidos no direito interno pela Lei nº. 9.140/95.

d) Conclusão

Como foi visto a sentença da CIDH sobre o Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil abordou de forma ampla todos os eixos da justiça de transição. E apesar dos últimos esforços do Estado brasileiros infelizmente com a omissão do poder judiciário em investigar, julgar e punir com base no direito interno o Estado brasileiro passou de potencial a criminoso internacional. Até o presente momento a sentença da CIDH ainda não foi plenamente cumprida.

4.4 A ADPF 153: NOTAS INTRODUTÓRIAS

A ADPF é um instituto legitimamente brasileiro³⁴². Pode-se afirmar que não existe instituto correlato no ordenamento jurídico ocidental. Na tradição constitucional brasileira esse instituto só veio a surgir com o constituinte de 1988, apesar de poder se identificar no instrumento da intervenção previsto no art. 6º³⁴³ da constituição de 1891 “uma formula precursora da arguição de descumprimento, já que desde sua origem se encontra um conjunto delineado de preceitos constitucionais como hipóteses válidas para fins de desencadear essa vetusta medida”³⁴⁴.

A ADPF está prevista no art. 102, parágrafo 1º da Constituição Federal regulamentada pela Lei 9.882/99. O instituto foi previsto desde o constituinte originário de 88, tendo sido modificado pela emenda de revisão nº 03/93 onde sua topografia que inicialmente constava do parágrafo único passou a constar no parágrafo 1º. Sua redação ficou com o seguinte texto:

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Devido à expressão final utilizada “na forma da lei”, o STF³⁴⁵ firmou o entendimento do professor José Afonso da Silva de que era uma norma de eficácia limitada declaratória de princípios institutivos,

³⁴² TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**. : Lei 9868/99 e Lei 9882/99. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 35.

³⁴³ Art. 6º - O Governo Federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo: 1º) para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro 2º) para manter a forma republicana federativa 3º) para restabelecer a ordem e a tranquilidade nos Estados, à requisição dos respectivos Governos; 4º) para assegurar a execução das leis e sentenças federais.

³⁴⁴ TAVARES, 2001, p.13.

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em agravo de instrumento 145.869**. Relatório do Ministro Marco Aurélio Mello de 09 de fevereiro de 1993.

portanto, carecia regulamentação³⁴⁶. Com o processo das privatizações, em especial da Vale do Rio Doce, muitas liminares foram concedidas e o tema veio à baila, isto posto Gilmar Ferreira Mendes e Celso Bastos elaboram um anteprojeto pra minimizar este impacto.³⁴⁷

Dirley Cunha define o instituto como:

Uma Ação Constitucional especialmente destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal para a tutela e supremacia dos preceitos mais importantes da Constituição Federal.

A ADPF não é uma ação de inconstitucionalidade. Ela é uma arguição de descumprimento de preceito Fundamental. A noção de descumprimento da Constituição é mais ampla do que a noção de inconstitucionalidade. O descumprimento pode ter forma de uma inconstitucionalidade. Toda inconstitucionalidade vai ser um descumprimento, mas a recíproca, nem sempre será verdadeira.

Não é qualquer norma da Constitucional que serve de parâmetro para essa ação. Essa é uma ação de descumprimento de preceito fundamental. Para propositura da ADPF, somente preceito fundamental é que serve de parâmetro. Somente quando há violação de preceito fundamental. Os preceitos fundamentais perfazem o conjunto mais importante da constituição.

A doutrina³⁴⁸ define a expressão “preceito” como sinônimo de norma. Por essa razão o instituto da ADPF teria como parâmetro, além das normas-princípio, as normas-regra da célebre classificação de Rolnald Dworkin³⁴⁹.

³⁴⁶ SILVA, 2007, p.121.

³⁴⁷ TAVARES, 2001, p. 23.

³⁴⁸ CUNHA, Dirley da. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER, Fredie. **Ações Constitucionais**. Salvador: Jus Podium, 2007. p. 411; TAVARES, 2001, p. 107.

³⁴⁹ A distinção entre normas-regra e normas - princípio é utilizada em todo mundo ocidental podemos destacar sua utilização entre outros autores: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Paulo Bonavides, Humberto Ávila.

Nem a Constituição, nem a lei 9.882/99 definiram quais normas poderiam alcançar o status de preceito fundamental. Segundo André Ramos Tavares essa definição aberta não taxativa é bastante interessante, pois de um lado poder-se-ia cair no absurdo de repetir todos os termos constitucionais e de outro na violação da vontade constitucional por restrição ou alargamento indevido do campo de incidência de medida excepcional³⁵⁰.

Já para Dirley da Cunha Jr., agiu de forma correta o legislador, pois um rol taxativo de preceitos poderia proceder a um engessamento do instituto em virtude que esses preceitos veiculam os valores mais importantes da sociedade e como fatos sociais são dinâmicos e cambiantes, por essa razão um preceito considerado fundamental hoje não o será amanhã e vice-versa.³⁵¹

Ousamos discordar a tarefa da definição de quais são os preceitos fundamentais deveriam ser estipulados estritamente pelo legislador ordinário. A regulamentação da ADPF pela lei 9882/99 foi o primeiro passo do processo de hipertrofia pelo qual passou o judiciário brasileiro culminado com a promulgação da Emenda Constitucional nº45 processo do qual primeiro o Advogado Geral da União, depois o Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes (um dos autores do projeto de lei) participou tão intensamente³⁵².

Ficou assentado na ADPF 01³⁵³, que somente o STF, como guardião da Constituição é que pode dizer quais são os preceitos

³⁵⁰ TAVARES, 2001, p. 113.

³⁵¹ CUNHA, 2007, p. 413.

³⁵² Para se contatar a relevância de suas posições no período basta constatar as funções que exerceu no período, tendo Desempenhado a função de Assessor Técnico na Relatoria da Revisão Constitucional na Câmara dos Deputados (dezembro de 1993 a junho de 1994), tendo sido responsável pela elaboração de inúmeros estudos e pareceres. Foi Assessor Técnico no Ministério da Justiça, na gestão do Ministro Nelson Jobim (1995 e 1996), período no qual colaborou na coordenação e na elaboração de projetos de reforma constitucional e legislativa. Foi Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, de 1996 a janeiro de 2000, e Advogado-Geral da União, de janeiro de 2000 a junho de 2002. Foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, por decreto de 27 de maio de 2002, decorrente da aposentadoria do Ministro Néri da Silveira, havendo tomado posse em 20 de junho de 2002. Ver: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Biografia do Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ver_Ministro.asp?periodo=stf&id=36>. Acesso em: 1 abr. 2011.

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF (QO)1**. Relator Ministro Néri da Silveira. 3 de fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/ver_PeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=01&processo=01>. Acesso em: 4 abr. 2011.

fundamentais. Na ADPF 33³⁵⁴, o já ministro Gilmar Ferreira Mendes como relator, em seu voto assentou que seriam fundamentais os seguintes preceitos: Princípios fundamentais do Título I, da Constituição (arts. 1º e 4º), Direitos fundamentais, Princípios Constitucionais Sensíveis (art. 34, VII), Cláusulas Pétreas.

Outro ponto importante em relação à ADPF é seu caráter subsidiário. Esse caráter está previsto na lei 9882/99, no art. 4º, § 1º:

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

O seu caráter subsidiário não significa a inexistência de outro meio, mas a inexistência de outro meio eficaz para sanar a necessidade. Então, não basta a mera existência, em tese de outro meio. Se esse meio for ineficaz caberá a ADPF.

O STF não exige que o instrumento seja de controle concentrado para ser considerado eficaz. Ele diz o seguinte: tem que ser a mesma efetividade, imediaticidade e amplitude da ADPF. Desse modo a ADPF só será cabível apenas nos casos de controle de legitimidade que não são cabíveis a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) ou ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade).

Segundo Marcelo Novelino, as seguintes matérias que podem ser enfrentadas por meio da ADPF em virtude seu caráter subsidiário, são elas:

- 1) Direito pré-constitucional;
- 2) Direito Municipal em face da Constituição;
- 3) Controvérsias sobre direitos pós-constitucional revogado;
- 4) Direito pós-constitucional cujos efeitos já se exauriram;

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF(MC)33/PA, Rel Gilmar Mendes, 29 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=33 &processo=33>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

- 5) Direito pós-constitucional em relação às normas originárias da constituição de 88, mas pré-constitucional em relação às emendas constitucionais;
- 6) Alegação de contrariedade à constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo judiciário, ou seja, que não envolva aplicação de lei ou ato normativo infraconstitucional³⁵⁵.

Quanto à legitimidade ativa para a propositura da arguição, ela está presente no art. 2º, I da Lei 9882/99 e são mesmos da ação direta de inconstitucionalidade previstos no art. 103 da constituição, são eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No tocante aos legitimados deve-se fazer uma consideração. O projeto de lei aprovado pelo congresso permitia que qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato público poderia ajuizar esse remédio aproximando-se do instituto alemão *Verfassungsbeschwerde*³⁵⁶ e do recurso de “amparo espanhol”³⁵⁷, na realidade esta previsão seria para o processo objetivo-subjetivo da ADPF incidental que veremos adiante, no entanto, com o veto esta previsão tornou-se bastante reduzida, restando ao interessado apenas solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

No tocante aos legitimados, ainda, o STF vem fazendo a mesma interpretação tradicional das outras ações de controle abstrato dividindo-os em legitimados universais e legitimados especiais. Para os primeiros não há qualquer óbice para a propositura da arguição, porém para os

³⁵⁵ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 282.

³⁵⁶ TAVARES, 2001, p. 43.

³⁵⁷ Idem, Ibidem, p. 48.

legitimados especiais exige-se, para sua admissibilidade, o requisito da pertinência temática.

São legitimados universais: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; enquanto que os especiais são: confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A lei 9.882/99 previu duas espécies de arguição: ADPF autônoma (Lei 9.882/99, art. 1º, *caput*) terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público e a ADPF incidental, prevista no art. 1º, § único da Lei 9.882/99 diz que caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Houve, quando da promulgação da lei, alguma celeuma em torno do alcance dos dois dispositivos em virtude de em virtude da redação diferenciada³⁵⁸. Todavia o STF pacificou o entendimento de que a interpretação feita para as expressões “ato do Poder Público” e “ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” devem ter o mesmo alcance ou devem ser interpretadas como expressões sinônimas. Por esta razão o STF vem afastando de serem impugnados via ADPF os enunciados de súmula³⁵⁹, propostas de emenda a constituição³⁶⁰ e o veto do chefe do executivo³⁶¹.

³⁵⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 255.

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF (AgR) 80**. Rel. Min. Eros Grau. 12 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=80&processo=80>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

³⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF (AgR) 43**. Rel. Min. Aires Brito. 20 de novembro 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=43&processo=43>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 73/DF**. Rel. Min. Eros Grau. 11 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=73&proc>>

A ADPF autônoma é uma espécie de processo constitucional objetivo, enquanto que a ADPF incidental é uma espécie de processo constitucional objetivo-subjetivo que tem por objetivo precípuo:

Antecipar a manifestação do STF sobre questões constitucionais relevantes discutidas em processos concretos, que só chegariam a seu conhecimento, muito tempo depois, através de recurso extraordinário.³⁶²

Infelizmente, esta espécie perdeu bastante sua utilidade com veto presidencial que permitia a legitimidade da arguição por qualquer cidadão lesado (art. 2º, II), este veto acabou esvaziando bastante a utilidade do instituto, pois só os legitimados do art. 103 da constituição poderão arguí-la incidentalmente. Na jurisprudência do STF, só temos notícia de um caso que foi o ADPF 54³⁶³. A questão aborda a situação da mãe grávida de feto anencefálico em face da falta de permissivo legal para o seu aborto terapêutico e uma interpretação conforme dos dispositivos dos art. 124, 126, e 128, I e II do Código Penal. A arguição foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na área da saúde incidentalmente dada sua relevância. Não o caso específico, mas a possibilidade de antecipação terapêutica do parto no caso de feto anencefálico. Então, o que o Supremo está julgando no caso da anencefalia é se é aborto ou se seria apenas uma antecipação terapêutica do parto. É discussão em tese. O caso específico perdeu o objeto porque o Supremo suspendeu a liminar e não julgou a tempo (ela teve a criança) o mérito.

esso=73>. Acesso em: 4 abr. 2011. ; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF (QO) 1**, Rel. Min. Nery da Silveira. 03 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=01&processo=01>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

³⁶² NOVELINO, 2010, p. 280.

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**. Rel. Min. Marco Aurélio. 17 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

Tanto na ADPF autônoma quanto na incidental não se admite intervenção de terceiros, porém, apesar de não haver determinação expressa a jurisprudência da corte vem admitindo a participação por *amicus curiae*³⁶⁴, fazendo uma interpretação sistêmica com o art. 7º, 2º³⁶⁵ da lei 9868/99 que regulamenta o processamento da ADI e da ADC perante o STF.

Tanto a participação da Advocacia Geral da União como defensor da lei (*defensor legis*), quanto do Procurador Geral da República como fiscal da lei (*custos legis*), também são obrigatórias, apesar da lei 9882/99 prever apenas a participação desses sujeitos quando da concessão de medida cautelar (art. 5º, parágrafo 2º)³⁶⁶, aqui deve-se harmonizar o rito com a previsão do art. 103 parágrafo 1º³⁶⁷ e 3º³⁶⁸ da Constituição Federal com o art. 8º³⁶⁹ da lei de 9868/99. Quanto ao prazo para resposta destes sujeitos temos um conflito. A lei 9868/99 estabelece 15 dias para a resposta deles, enquanto que a lei que regulamenta a ADPF estabelece um prazo de 5 dias para responder ao pedido de cautelar. Entendemos que, no caso de pedido de deferimento de medida cautelar dever-se-á utilizar o prazo especial da lei 9882, todavia no prazo comum de fala nos autos dever-se-á utilizar o prazo de 15 dias da lei geral dos

³⁶⁴ A natureza jurídica do instituto do *Amicus Curiae* ainda é polêmica. Alguns sustentam que seja de intervenção de terceiros. Nesta obra optamos pela posição de Fredie Didier que sustenta o instituto do *Amicus Curiae* é de auxiliar jurisdicional tendo a função pluralizar os debates propiciando assim uma maior abertura nos procedimentos de interpretação constitucional já que a coisa julgada nas ações de controle de constitucionalidade tem como consequência o efeito *erga omnes* e vinculante. DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo e processo do conhecimento. 9. ed. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 380-381.

³⁶⁵ O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

³⁶⁶ O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

³⁶⁷ O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

³⁶⁸ Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

³⁶⁹ Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias

ritos de forma subsidiária e ainda o mesmo prazo do RISTF (Regimento Interno do STF)³⁷⁰.

A decisão de medida liminar deverá ocorrer por decisão de maioria dos ministros (art. 5º, CAPUT). A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada (art. 5º, § 3º). Todavia, havendo perigo de grave lesão ou recesso do tribunal a decisão liminar poderá ser proferida monocraticamente pelo relator, *ad referendum* do plenário (art. 5º, § 1º).

O quórum mínimo para instalação da sessão de julgamento da ADPF é de 2/3 ou 8 ministros, para julgamento é de maioria absoluta ou seja, 6 ministros.

A decisão de mérito da ADPF eficácia *erga omnes* e vinculante (art. 10, § 3º). Quanto à eficácia temporal da decisão em regra será *ex tunc*, ou seja, retroativa, todavia a lei 9882/99 estabelece a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão 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 (art. 11).

Após a apresentação das linhas gerais que norteiam o instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ficou evidenciado que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil como legitimado Universal, utilizou o remédio constitucional processual correto para atacar a suposta não recepção da anistia dos agentes violadores de graves lesões de direitos humanos fundamentais prevista no art. 1º da lei 6683/79 por tratar-se de uma lei ordinária editada antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e não haver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Por essa razão o objeto da ADPF 153 adéqua-se ao princípio da subsidiariedade insculpido no art. 4º, parágrafo 1º, da lei 9882/99. Tendo como parâmetro já anteriormente aceitados como tal na ADPF 33 pelo STF os seguintes preceitos fundamentais: a isonomia (art. 5º, *caput*), o direito fundamental à informação (art. 5º, XXXIII), o princípio democrático e

³⁷⁰ Arts. 50 e 171.

da soberania popular (art. 1º, § único), o princípio republicano e seus objetivos (art. 3º, I e IV), o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4, II), a vedação de graça ou anistia à prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e hediondos (art. 5º, XLIII), todos da Constituição Federal³⁷¹.

4.5 A PETIÇÃO INICIAL DA OAB

Foram exatamente esses preceitos questionados na petição inicial proposta pela OAB na arguição nº 153 postulada pelo professor Fábio Conder Comparato. A petição inicial foi formulada contendo 4 capítulos somados ao pedido: 1-Sobre o dispositivo legal questionado, 2-Cabimento da presente demanda, 3-Inépcia jurídica da interpretação questionada da lei 6.683/79, 4-Preceitos Fundamentais violados pela interpretação questionada da lei 6683/79.

4.5.1 Dispositivo legal questionado

Nesse primeiro capítulo o autor resumiu-se a delimitar o objeto da demanda, ou seja, destacar os dispositivos da lei 6683/79 que necessitavam de uma interpretação conforme a Constituição. Foram destacados o art. 1º e o parágrafo 1º da lei:

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,

³⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**. Petição inicial. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Rel. Min Eros Grau. 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&sl=153&processo=153>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

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

Discordamos da delimitação do objeto proposto pelo requerente, pois acreditamos que deveria ter sido incluído o parágrafo 2º do mesmo artigo³⁷², obrigando assim a corte delimitar o conceito de terrorismo que nenhuma legislação do mundo conseguiu fazê-lo ainda. Apesar de considerarmos que essa omissão não foi relevante para o desfecho do julgamento.

4.5.2 Cabimento da presente demanda

O demandante dividiu este capítulo em 5 tópicos. No primeiro³⁷³ estabelece os pressupostos para cabimento da ADPF Incidental. Como foi analisado no tópico anterior a ADPF incidental é um espécie de ação de controle objetivo-subjetivo, sendo assim como a OAB apenas enfrentou a interpretação da lei 6683/79 em tese, sem partir de um caso concreto, não há que se falar em ADPF Incidental, mas sim autônoma, o que também não influi na solução da demanda pelo princípio da fungibilidade dos instrumentos.

O segundo tópico³⁷⁴ denominado “Relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei federal anterior a constituição” o autor fundamenta o requisito da relevância do fundamento constitucional previsto no art.1º, I da lei 9882/99 discorrendo sobre a divergência do posicionamento do Ministério da Justiça e do Ministério da Defesa, colecionando uma série citações de artigos jornalísticos dos mais variados espectros ideológicos entre eles: *Folha de São Paulo*,

³⁷² Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

³⁷³ ADPF 153, 2010, p. 2-3.

³⁷⁴ Idem, Ibidem, p.4-8.

Agencia Brasil, Jornal de Debates e o site conservador *A verdade sufocada*.

O terceiro tópico³⁷⁵ pretendeu fundamentar a eficácia do remédio utilizado perante a expressão “ato do poder público” do *caput* do art. 1º da lei 9882/99³⁷⁶. Como estamos diante de uma lei federal pré-constitucional e o próprio art. 1º, I³⁷⁷ traz essa previsão expressa, não houve comentários de monta.

O quarto tópico³⁷⁸ versou sobre a “Lesão a preceito fundamental” e remeteu ao capítulo 4º da petição inicial em que o arguente fundamentou quais preceitos constitucionais foram lesados pela aplicação da norma ora impugnada.

O quinto tópico³⁷⁹ versa sobre o princípio da subsidiariedade que consta no art. 4º, parágrafo 1º da lei 9882/99³⁸⁰, citando precedentes do STF³⁸¹ em que foi acatado o direito pré-constitucional como fundamento para a utilização do instrumento em virtude do princípio da subsidiariedade.

4.5.3 Inépcia jurídica da interpretação questionada da lei 6683/79³⁸²

Antes de adentrarmos na fundamentação do capítulo propriamente dito, teremos de tecer alguns comentários acerca da expressão “Inépcia Jurídica” utilizada pelo autor no texto.

³⁷⁵ ADPF 153, 2010, p. 09.

³⁷⁶ A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

³⁷⁷ Quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

³⁷⁸ ADPF 153, 2010, p. 09.

³⁷⁹ *Idem*, *Ibidem*, p.10-14.

³⁸⁰ Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

³⁸¹ ADPF 126-MC; ADPF 76.

³⁸² ADPF 153, 2010, 14-17.

A expressão “Inépcia” é utilizada no arcabouço legal brasileiro como uma expressão de direito processual que obsta o prosseguimento de uma petição inicial por falta de pressupostos processuais gerando assim os efeitos da coisa julgada formal. Fredie Didier define o instituto como defeitos vinculados à causa de pedir e ao pedido que não apenas dificultam, mas impedem o julgamento do mérito da causa. A inépcia diz respeito aos vícios na identificação/formulação dos elementos objetivos da demanda sendo suas hipóteses estabelecidas no art. 295, parágrafo único³⁸³ do CPC³⁸⁴.

Todavia, o autor utilizou a expressão inépcia na inicial da ADPF com um sentido material, ou seja, como sinônimo de: “1 Falta de aptidão. 2 Inabilidade, incapacidade. 3 Escassez de inteligência. 4 Ato ou dito absurdo. Sin: inaptidão, ineptidão”³⁸⁵.

A Inépcia Jurídica, na acepção material que dá a Lei de Anistia (6.683/79), estaria baseada nos seguintes argumentos segundo a petição inicial:

- Foi a primeira vez na história das anistias no Brasil que se procurou fazer essa extensão criminal aos agentes do estado encarregados da repressão³⁸⁶.
- Que a conexão é um instituto de direito processual penal que visa à reunião de todos os processos num mesmo órgão jurisdicional com o objetivo de evitar conflitos de julgamento. Por essa razão o termo conexão utilizado no art. 1º, parágrafo primeiro da lei objeto desta presente ADPF é inepta tecnicamente por não ter havido.³⁸⁷

³⁸³ Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III - o pedido for juridicamente impossível; IV - conter pedidos incompatíveis entre si.

³⁸⁴ DIDIER(B), 2008, p.409

³⁸⁵ Weiszflog, Walter. Michaelis: **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2011. Verbete: Inépcia. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.p.hp?lingua=portugues-portugues&palavra=inépcia>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

³⁸⁶ ADPF 153, 2010, p.14.

³⁸⁷ Idem, Ibidem, p. 14-15.

- A conexão só pode ser reconhecida na hipótese das condutas opostas se sobrepostem, o que não aconteceu. Os acusados de crimes políticos não agiram contra seus algozes, mas contra o regime e a ordem política vigente no período.³⁸⁸

- A norma do art. 1º, parágrafo 1º, tem por objeto os crimes comuns cometidos pelos mesmos autores dos crimes políticos. As leis de segurança nacional não tipificaram qualquer conduta para os agentes de segurança dessa maneira suas condutas antijurídicas não podem ser classificadas por ilícitas.³⁸⁹

4.5.4 Preceitos fundamentais violados pela interpretação questionada da lei 6.683/1979

O arguente elenca 4 preceitos fundamentais violados pela interpretação extensiva: o preceito da isonomia em matéria de segurança, o preceito fundamental de não ocultar a verdade, o desrespeito aos princípios democrático e republicano e a dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro não pode ser negociada.

a) Isonomia em matéria de segurança³⁹⁰

O autor fundamenta a violação desse preceito citando os seguintes dispositivos da constituição: Art. 5º *caput*³⁹¹, XXXIX³⁹²; art. 3º, IV³⁹³. Para tanto ele utiliza do seguinte raciocínio:

³⁸⁸ ADPF 153, 2010, p.16.

³⁸⁹ Idem, Ibidem, p.17.

³⁹⁰ Idem, Ibidem, p.17-20

³⁹¹ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

³⁹² Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

³⁹³ Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O conceito de anistia refere-se a crimes objetivamente previstos em Lei não a pessoas. A lei 6683/79 estende a anistia a classes absolutamente indefinidas de crimes quando utiliza a expressão “crimes de qualquer natureza relacionados a crimes políticos”.

A expressão “relacionados” é uma inovação na ordem jurídica brasileira tendo pela primeira vez sido utilizada numa lei de conteúdo penal, ou seja, sem uma definição do que sejam crimes relacionados a crimes políticos, fere-se o brocardo iluminista *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

A expressão “ou praticados com motivação política” é relacionada à motivação anímica do agente em sua conduta só podendo ser avaliada pelo juiz no caso concreto após um procedimento judicial municiado de contraditória e ampla defesa quando dá individualização da pena nos termos do art. 59³⁹⁴ do código penal.

O autor ainda sustenta, ampliando o objeto da arguição delimitado no capítulo I da petição inicial que, até o momento, apesar de várias legislações e tratados internacionais ratificados sobre o tema, existe um consenso sobre o conceito de terrorismo presente no art. 1º, parágrafo 2º, da lei 6683. Se as graves violações de direitos humanos não podiam ser enquadradas sob o rótulo de terrorismo de Estado?

Por essas razões expostas o entendimento gerado a partir da edição da Lei de Anistia fere o princípio da isonomia em matéria penal.

b) Preceito fundamental de não ocultar a verdade.³⁹⁵

Aqui os preceitos questionados foram o art.5º, XXXIII³⁹⁶; art. 1º, parágrafo único³⁹⁷ e art. 3º, I e IV³⁹⁸ da Constituição Federal.

³⁹⁴ O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

³⁹⁵ ADPF 153, 2010, p. 21-23.

³⁹⁶ Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado

³⁹⁷ Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Apesar de uma ressalva no inciso XXXIII do art. 5º permitindo o sigilo de informações ressalvadas, cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, os governantes são, ou deveriam ser, meros servidores do povo e não donos do poder, sendo intolerável eles agirem impunemente, sobretudo quanto aos crimes já cometidos.

O autor sustenta que a interpretação da anistia alcançando todos os agentes impediu que o povo brasileiro, restabelecido em sua soberania, tomasse conhecimento da identidade dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos efetuadas durante o Regime Militar³⁹⁹.

c) Desrespeito aos princípios democrático e republicano⁴⁰⁰

Neste tópico o autor procurou evidenciar o descompasso da natureza autocrática do Regime Militar com a estrutura formal do Estado brasileiro após a Constituinte de 88.

Apontou que os governantes do Regime Militar não eram eleitos em eleições livres e, por essa razão, suas posições eram impostas e não legitimadas pela soberania popular.

Destacou ainda que o parlamento que aprovou a Lei de Anistia foi forjado pela Emenda Constitucional nº 8, fruto do Pacote de Abril, que passou a indicar indiretamente 1/3 dos Senadores por eleição indireta.⁴⁰¹ E ainda afirmou que as auto anistias decretadas por governantes são nulas e sem nenhum efeito, de acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão do qual o Estado brasileiro é signatário.⁴⁰²

³⁹⁸ Construir uma sociedade livre, justa e solidária; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁹⁹ O Direito fundamental à verdade e à memória já foi exaustivamente trabalhado no Capítulo II desta obra no item 3.4.

⁴⁰⁰ ADPF 153, 2010, p.23-25.

⁴⁰¹ Os antecedentes da “promulgação” da lei 6683/79 foram objeto de análise detalhada no 1º Capítulo desta obra.

⁴⁰² A jurisprudência da CIDH foi objeto do item 4.3.1 deste Capítulo.

d) Dignidade da pessoa Humana e do povo brasileiro⁴⁰³

Preceitos fundamentais questionados: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), vedação a tortura (art. 5º, XLIII).

O demandante sustenta que o suposto acordo feito para garantir a transição política brasileira é uma grande falácia em virtude de os supostos contratantes (estado de exceção e parlamento forjado) não terem o mínimo de legitimidade para transigir a vida e dignidade das vítimas de tortura, execução, seqüestro, cárcere privado, estupro dentre outros.

Que a pessoa humana não pode servir de meio para qualquer finalidade, pois ela é um fim em si mesmo.

Que á época da anistia, todos os militantes das organizações da esquerda armada já estavam devidamente desaparecidos pelos órgãos de repressão.

O atual ordenamento constitucional brasileiro considerou inafiançável insuscetível de graça e anistia os crimes de tortura a e ele equiparados.

Que todos os tratados internacionais de direitos humanos do pós-guerra proíbem expressamente os crimes de lesa-humanidade praticados pelos estados de exceção.

Finalmente, apesar das reparações pecuniárias estabelecidas pelas leis 9140/95 e 10.559/02, atos de violação da dignidade da pessoa humana não se legitimam com uma reparação pecuniária concedida as vítimas, ficando os responsáveis pela prática de tais atos, bem como os que comandaram, imunes a toda punição e até encobertos pelo anonimato.

4.5.5 Pedido

Após, a fundamentação fez 2 pedidos: a notificação do PGR (Procurador Geral da República) nos termos do art. 103, § 1º e ao final no mérito estabelecer uma interpretação conforme à constituição que anistia concedida aos crimes políticos e conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão.

⁴⁰³ ADFP 153, 2010, p. 25-29.

4.6 O SANEAMENTO DO PROCESSO

Apesar reconhecermos que as regras e procedimentos do processo civil não incidem sobre o processo constitucional objetivo-abstrato da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, esta disciplina contribui bastante para o entendimento do processo, não obstante, o legislador utilizou conceitos da disciplina na própria Lei de Arguição.

A fase de saneamento no processo civil dá-se do recebimento da petição inicial até o proferimento do despacho saneador “em que deverá examinar as questões processuais, fixar os pontos controvertidos e delimitar a atividade probatória”⁴⁰⁴.

O despacho saneador tem uma dupla-natureza: declaratória, que reconhece que aquele processo deve ter o mérito conhecido, e constitutiva, na qual o juiz vai organizar a atividade instrutória.

Na Lei de Arguição, como espécie de processo constitucional objetivo, não existem sujeitos e a prova é toda documental arrolada na inicial. A fase de saneamento do processo vai: da decisão que julga a admissibilidade da demanda (art. 4º, *caput* da lei 9.882/99), passando pelas requisições de informações e participação da AGU e da PGR (art. 6º, parágrafo 1º), finalizando-se com o lançamento do relatório final com cópia a todos os ministros e o pedido de dia para julgamento previsto no art. 7º.

O processo foi distribuído a Ministro relator Eros Roberto Grau no dia 21/10/2008. Foi proferido despacho regularmente solicitando informações a presidência da república e as duas casas do Congresso Nacional⁴⁰⁵.

A Presidência da Câmara dos Deputados, por meio de seu presidente, Arlindo Chinaglia, resumiu-se a responder que o projeto que resultou na lei 6683/79 tinha sido aprovado com regularidade formal no processo legislativo⁴⁰⁶, juntando documentos que comprovaram o relato.

O Senado Federal respondeu ao Ministro relator opinando pela inépcia da inicial por falta de preenchimento de pressupostos jurídicos por essa razão não comporta julgamento de mérito. Quanto ao mérito, a resposta do Senado foi a de que a anistia teria sido um acordo aprovado

⁴⁰⁴ DIDIER, 2008, p. 513.

⁴⁰⁵ ADPF153, 2010, p. 42.

⁴⁰⁶ Idem, Ibidem, p. 52-53.

pelo Congresso Nacional, órgão dotado de legitimidade em virtude da soberania popular que delegou poderes para tanto. Juntou ainda um parecer feito pelo mesmo Conselho Federal da Ordem, opinando que o projeto de lei que redundou na anistia era por demais restrito e era uma contradição do Conselho Federal da OAB propor aquela demanda⁴⁰⁷.

4.6.1 Parecer da AGU como *defensor legis*

Na resposta da AGU⁴⁰⁸ aos pedidos de informação como *defensor legis* argumentou que:

- 1) O instrumento utilizado pela OAB (ADPF incidental) não era o correto, pois não havia controvérsia judicial para ser analisada;
- 2) A impugnação só teria sido feita em parte do texto;
- 3) Que anistia significava perdão, que não haveria lógica em se rediscutir o fato após 30 anos;
- 4) Que a anistia concedida em 70 era compatível com a ordem constitucional vigente e que sua revogação prejudicaria a segurança jurídica, a estabilidade democrática e, ainda, que todos os fatos daquele período já estariam encobertos pelo instituto da prescrição;
- 5) A Constituição admite como imprescritíveis apenas os crimes de racismo e de grupos armados (art. 5º, XLII, XLIV);
- 6) Apesar de considerada a composição do Congresso deslegitima à época, a anistia foi ratificada pela emenda constitucional 26/85;
- 7) As informações obstaculizadas do período não são afetas a esta lei, mas às leis 8159/91 e 11.111/05 que, inclusive, estão sendo objeto de uma ADIN proposta pelo mesmo autor;
- 8) O autor estaria praticando um *venire contra factum proprium*, pois à época dos fatos posicionou-se favorável à anistia ampla, geral e irrestrita como comprova um parecer juntado;
- 9) É impossível declarar a prevalência dos tratados de direitos humanos para declarar a anistia inválida, pois os tratados são subordinados a constituição e não podem retroagir para criar tipos penais.

⁴⁰⁷ ADPF153, 2010, p. 69-95.

⁴⁰⁸ Idem, Ibidem, p. 178-573.

No entanto, a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, em manifestação de 11 de novembro de 2008, afirma que deveria ser declarada “inconstitucional a interpretação que estende a anistia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o Regime Militar”⁴⁰⁹. O que demonstra claramente a divergência de entendimento dentro do poder executivo.

Segundo a AGU, por essas razões a ADPF não deveria nem ter seu mérito analisado e, acaso fosse, que deveria ser julgado totalmente improcedente.

4.6.2 Parecer da PGR (*custos constitutionis*)

Instando a falar no processo como *custos constitutionis* em seu parecer, a PGR afasta todos os preliminares que visavam à extinção do julgamento sem conhecimento do mérito. Aduz que, apesar da inicial ser uma ADPF incidental não o é, pois se trata de um processo constitucional objetivo e que, pelo princípio da fungibilidade e pela controvérsia comprovada, deveria prosperar um julgamento de mérito. Como fundamento probante da controvérsia o Ministério Público citou o caso da extradição 974, em que os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski debateram o alcance em *obiter dictum*⁴¹⁰.

Oprocurador concorda também com a subsidiariedade e que a invocação da prescrição pela AGU não é argumento para ser levado em consideração neste processo objetivo, mas sim levantados em tese defensiva a *posteriori*, se acaso esta demanda fosse julgada procedente e ações penais começassem a prosperar.

Non obstante ao mérito, a PGR concordou com os argumentos trazidos pela AGU, salientando que a anistia, no Brasil, resultou de um longo debate nacional, com a participação de diversos setores da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual juntando trechos de campanhas de

⁴⁰⁹ ADPF153, 2010, p. 472.

⁴¹⁰ *Obiter Dictum* consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão. DIDIER, 2008, p. 350.

organizações da época como: movimento dos artistas pela anistia ampla, geral e irrestrita, o movimento feminino pela anistia.

Ainda na sua fundamentação para caracterizar o momento histórico da promulgação da lei (sem lembrar do Pacote de Abril e dos Senadores Biônicos), o Ministério Público cita várias passagens do parecer do então conselheiro da OAB, Sepúlveda Pertence, pugnando pela necessidade de uma anistia ampla, geral e irrestrita.

Finalizando, o procurador afirma que a improcedência desta ação não obstará o direito fundamental e memória e a verdade uma vez que a própria PGR ingressou com a ADIN 4077, questionando a constitucionalidade das leis 8.159/91 e 11.111/05, que versam sobre a proibição da consulta dos arquivos do Regime Militar.

Nos termos do art. 7º, parágrafo 2º da lei 9868/99, foram ⁴¹¹ admitidos alguns sujeitos para contribuir e pluralizar o debate no julgamento. Foram admitidas no processo as seguintes entidades: Associação dos Juizes para Democracia, Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL, Associação Brasileira de Anistiados Políticos – ABAP e Associação Democrática e Nacionalista de Militares – ADNAM.

4.6.3 A negativa de audiência pública

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requereu a realização de audiência pública sob o fundamento da relevância da matéria discutida nesta arguição. O pedido foi indeferido, uma vez que a ação foi proposta em outubro de 2008 e só em 2010 foi afirmada sua necessidade de audiência pública. Foi afirmado que os autos estavam instruídos de modo suficiente, permitindo o perfeito entendimento da questão debatida e que o pedido suscitado longo tempo após sua propositura redundaria em inútil demora no julgamento do feito ⁴¹². A

⁴¹¹ O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

⁴¹²ADPF153:2010, p.805.

decisão de indeferimento de audiência pública transitou em julgado no dia 20 de abril⁴¹³.

A decisão de negativa de audiência foi a primeira das várias contradições que serão evidenciadas ao longo do julgamento. As audiências públicas e participação de terceiros figurando como *amicus curiae* são cantados em verso e prosa como instrumento de ampliação da participação popular nos processos objetivos de controle de constitucionalidade concentrado-abstrato. A partir de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, até mesmo recursos extraordinários em repercussão geral foram objeto de audiência pública com este mesmo objetivo: pluralizar o debate, induzir a participação popular, oferecer outras visões que não a estritamente técnico-jurídica aos ministros juízes.

Entraram para a história algumas audiências que antecederam julgamentos, tais como: a audiência pública sobre políticas de ação afirmativa de reserva de vagas no ensino superior fruto do julgamento conjunto da ADPF186 e do recurso extraordinário 597.285/RS; a audiência pública da ADPF 54 sobre a questão do aborto terapêutico do feto anencefálico; a ADI3510 ajuizada procurador-geral da república contra o artigo 5º da lei de biossegurança (lei 11.105/05), o dispositivo permite o uso de células-tronco retiradas de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia.

Em 2009, neste mesmo espírito de pluralizar os debates e obter subsídios de diferentes áreas do conhecimento, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes inova convocando uma audiência pública para tratar das questões vinculadas a saúde e o problema da judicialização das políticas públicas causado por uma excessiva quantidade de antecipações de tutela concedidas na área da saúde que vinha atrapalhando o planejamento e execução do orçamento das políticas públicas na área da saúde. Segundo o Ministro, a audiência tinha a importância de estabelecer parâmetros para a concessão dessas liminares com o consenso estabelecido entre o poder judiciário, o poder público e a sociedade civil. Vale ressaltar que esta audiência pública foi convocada não em processos de controle de índole objetiva, mas em julgamento entre a fazenda pública e jurisdicionados, mais especificamente os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares

⁴¹³ADPF153, 2010, p. 858.

nºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nºs 36, 185, 211 e 278 e nas Suspensões de Segurança nºs 2361, 2944, 3345 e 3355.⁴¹⁴

Outro fator que nos surpreendeu foi o argumento utilizado para negar a audiência: “o pedido suscitado longo tempo após sua propositura redundaria em inútil demora no julgamento do feito”. A lei 9868/99 em seu art. 9º, parágrafo 1º⁴¹⁵ é expressa no tocante ao poder de requisição do relator do feito para convocar uma audiência pública. Não deferir o pedido de audiência quando deveria tê-lo feito sem o requerimento, é por si só uma contradição, já que o próprio relator reconheceu a controvérsia em seu voto.

Outro fundamento que o Ministro Eros Grau utilizou para negar a audiência pública foi a suposta demora no julgamento do feito. Ora, segundo pesquisa feita no sítio do Supremo Tribunal Federal de 1993, data das emendas constitucionais de revisão, até 2011 das 222 ADPFs distribuídas, apenas 8 tiveram seu mérito enfrentado (3,7%), a imensa maioria foi extinta sem julgamento do mérito (119, ou 53,6%) e ainda aguardam até hoje julgamento 81 APPFs (36,5%)⁴¹⁶. O que nos faz acreditar que o relator estava muito apressado para julgar o mérito da ADPF, talvez porque soubesse que o Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil estava maduro para ser enfrentado na Corte Interamericana de Direitos Humanos e não quisesse levar em consideração a posição daquela corte sobre a anistia brasileira.

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho de Convocação de Audiência Pública**. Relator Ministro Gilmar Mendes. 5 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2011.

⁴¹⁵ Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

⁴¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas**: ADPF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adpf>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

4.7 VOTO DO RELATOR (VENCEDOR) ⁴¹⁷

Antes de entrar no mérito do voto do Ministro Eros Grau vamos revisitar a composição da corte. Compunham a corte naquela data os seguintes ministros: Eros Grau, Marco Aurélio Mello, Cármen Lúcia, Carlos Aires Brito, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Cezar Peluzo, José Antonio Dias Toffoli e Joaquim Barbosa.

Apenas 9 participaram do julgamento, José Antonio Dias Toffoli declarou-se impedido por ter oficiado no processo na condição de AGU, e o Ministro Joaquim Barbosa estava licenciado por motivos de saúde.

Em sede de preliminares, o Ministro Eros Grau acatou os argumentos da Procuradoria Geral da República já explicitados em tópico específico.

No tocante ao mérito, o Ministro Eros começa seu voto com uma extensa digressão acerca da interpretação, alcance e validade das normas remetendo ao dispositivo do voto seu posicionamento.

Sobre a afronta ao princípio da isonomia como preceito fundamental ele a afasta sob o argumento de que a lei poderia, sim, sem afronta à isonomia, que consiste também em tratar desigualmente os desiguais anistiá-los, ou não, desigualmente.

O segundo preceito fundamental atacado estaria contido no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição, que assegura a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral.

Não viu o relator, como se possa afirmar que a Lei n. 6.683/79 impede o acesso a informações atinentes à atuação dos agentes da repressão. Ele afasta a violação deste preceito citando uma passagem do parecer da PGR que diz que o direito à verdade e acesso aos documentos do período não são violados pela lei 6683/79, mas sim pela vedação a seu acesso trazidos por dispositivos das leis 8.159/91 e 11.111/05 que são objeto da ADI 4077. Apesar de reconhecer a conexão fática entre a ADPF 153 e a ADI 4077, o Ministro silenciou-se quanto à reuni-la naquele julgamento e o Direito à verdade e memória resta prejudicado, até o presente momento, pela não solução da controvérsia na citada ADI. Mais uma contradição latente.

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**. Voto Relator Ministro Eros Grau. 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

Sobre o preceito dos princípios democrático e republicano O Ministro Eros Grau argumenta que acatar o argumento do arguente é afastar o fenômeno da recepção do direito anterior à Constituição de 1988, em virtude disso, toda a legislação anterior à Constituição de 1988 seria, porém exclusivamente por força dela, formalmente inconstitucional. Segue o relator dizendo que exigir legitimação de toda essa legislação pelo órgão legislativo oriundo de eleições livres ou então diretamente pelo povo soberano, mediante referendo seria obstaculizar o próprio estado em transição.

Continua afirmando que o que se pede é extremamente contraditório, pois se o requerido prosperasse, os anistiados que receberam indenizações teriam de ressarcir os cofres públicos como resultado.

O quarto preceito fundamental, que trata da dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro, indica que ela não pode ser negociada. Salienta o relator que o arguente desqualifica fatos históricos que antecederam a aprovação pelo Congresso Nacional da anistia. Passa então o Ministro a relatar de forma longa, a sua maneira os fatos que antecederam a promulgação da lei e defender quase que como um advogado os fundamentos do acordo para a transição da democracia. Termina se apossando do argumento da AGU de que a OAB de Raimundo Faoro e de Eduardo Seabra Fagundes, outrora totalmente empenhada nessa luta, agora a desprezasse, em autêntico *venire contra factum proprium*. De forma que para o relator o argumento do arguente não prosperou.

Sobre a interpretação e os crimes conexos, conforme a Constituição, o Ministro Eros Grau simplesmente ignorou todo o debate e acúmulo da jurisprudência e da doutrina no tocante aos crimes políticos para decretar que:

Essa expressão, crimes conexos a crimes políticos, conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. Sempre há de ter sido assim. A chamada Lei de Anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Tenho que a expressão ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal. Refere o

que “se procurou”, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

Afirma o Ministro, invocando a vontade subjetiva do legislador, que procurou estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o estado de exceção. Daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral. Como se a única tarefa do interprete fosse analisar esta “vontade”.

Ele termina a fundamentação afirmando que a verdade é que a anistia somente não foi totalmente ampla por conta do que o § 2º do seu artigo 1º definiu, a exclusão, a ela, dos condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Afirma que não foi ampla, mas foi bilateral omitindo-se de forma proposital a conceituar terrorismo conceito ambíguo que poderia muito bem ser incluído nos crimes dos agentes do regime

A fundamentação jurisprudencial feita, parodiando o Ministro Aires Brito na Lei da Ficha Limpa, nos pareceu um autêntico salto *twist* triplo carpado hermenêutico⁴¹⁸, de tão esdrúxula a argumentação.

O relator inicia a fundamentação jurisprudencial citando a Ação Originária (AO) especial nº 13, que trata do então capitão Sérgio Ribeiro Miranda de Carvalho que foi cassado no 26/09/1969 por motivos exclusivamente políticos em razão do não cumprimento de ordens para prática de atos criminosos com base no art. 9º do ADCT.⁴¹⁹

⁴¹⁸ Esse termo foi utilizado pelo Ministro Carlos Aires Brito quando do julgamento do RE 633703 que decidiu ou melhor não decidiu se a LC 135/2010 conhecida como Lei da Ficha Limpa poderia ser aplicada no pleito eleitoral de 2010. O presidente da OAB, Ophir Ophir Cavalcante, definiu assim o novel instituto criado pelo eminente Ministro: saltos triplos são perigosos; carpados, mais ainda. Mas quando são feitos sobre a hermenêutica (interpretação) da lei só servem para atrapalhar. Evidentemente este “salto triplo carpado hermenêutico” é uma invenção perigosa e nunca antes utilizado. Mais parece uma manobra protelatória para que nada seja decidido. In FÁRIA, Tales; FÉLIX, Jorge. **Poder on line**. 22 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://colunistas.ig.com.br/poderonline/2010/set/22/o-que-e-o-salto-triplo-carpado-hermeneutico-do-presidente-stf-cezar-peluso/>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

⁴¹⁹ 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.

A ação foi julgada procedente para com base no vício grave apresentado pelo decreto de cassação reconhecer os direitos e vantagens deixados de ser percebidos em razão do decreto de cassação.

Ora tratou-se de um militar que honrosamente se negou a praticar uma conduta que não estava prevista em lei. Não tem nenhum tipo de relação com o objeto da ADPF 153.

Continuou o relator a ilustrar seu voto com precedentes “atinentes ao caráter amplo das anistias” sem, no entanto, citar um único precedente de um crime comum tipificado no ordenamento praticado por um agente estatal que tenha sido anistiado. Passou a citar alguns casos que o STF analisou sem nenhuma relação temporal com o objeto da ADPF como: o *Habeas corpus* n° 1.386⁴²⁰, relator o Ministro Piza e Almeida, em 4 de julho de 1900; *Habeas corpus* n° 34.866⁴²¹, relator o Ministro Luiz Galloti, em 1957; no Recurso Criminal n° 1.019⁴²², relator o Ministro Ary Franco, em 1957; no Recurso Criminal n. 1.025⁴²³, relator o Ministro Hahnemann Guimarães. Todas as condutas praticadas em momento de instabilidade institucional que visavam deposição do poder constituído, este poder acabou por perdôá-los de forma a preservar a normalidade republicana.

A seguir passa o relator a descrever alguns julgados da década de 80 atinentes a lei 6683/79⁴²⁴. Todos eles de militantes políticos que cumpriam pena por crimes da Lei de Segurança Nacional e pretendiam com os recursos estender a anistia a ele já que seus efeitos à época não foram automáticos.

Após descrever minuciosamente 9 *leading cases* do STF que simplesmente não contribuíam com nada em sua argumentação o relator nos brindou com seguinte citação:

⁴²⁰ Trecho do acórdão destacado: “É consequência do caráter geral da anistia que ela se estenda aos delitos acessórios que se prendem ao crime político”

⁴²¹ Trecho do acórdão destacado: “não protege apenas a participação em greve, mas também os crimes com ela conexos, excluído o homicídio doloso”.

⁴²² Anistiou de modo amplo e irrestrito todos aqueles que houvessem praticado atos entre 10 de novembro de 1955 e 1º de março de 1956, relacionados com o movimento ocorrido a 10 de novembro de 1955.

⁴²³ Afirmou-se o caráter amplo da anistia concedida aos jornalistas, em relação a delitos de imprensa, pelo Decreto Legislativo n° 27.

⁴²⁴ Recursos Criminais 1.396 e 1.400, 1.410, 1.401.

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.

Após a fundamentação jurisprudencial continuou o relator seu voto entrando, a partir daí, na seara hermenêutica. Passou assim a definir o que seriam Leis-medida que, neste caso, deveriam ser interpretadas em conjunto com o seu texto: a realidade no e do momento histórico no qual elas foram editadas, não a realidade atual.

Para tanto, cita uma passagem do *Habeas corpus* nº 29.151, de 1945, em que o então Ministro Relator, Orosimbo Nonato, dizia que cabia interpretar e pesquisar o momento e histórico para saber a vontade da Lei. Segue descrevendo dezenas de atos normativos concessivos de anistia. Argumentando que não cabe ao julgador atual dar nova interpretação histórica aqueles atos normativos.

E, segundo o relator Eros Grau, aquele argumento também cabia para a presente demanda, para tanto, passa a narrar um parecer do Conselho Federal da OAB do ano de 1979 juntado ao processo pela AGU e assinado José Paulo Sepúlveda Pertence, em que argumentava que a anistia devia ser ampla geral e irrestrita e que nesse momento o mesmo Conselho pedia uma nova interpretação, isso seria um *venire contra factum proprium*.

Após a longa fundamentação histórica do caráter da anistia, passa o relator a afastar todos os tratados internacionais de direitos humanos que teriam sido incorporados depois do fato que, portanto, não podiam retroagir. Argumenta que a tipificação da tortura no país só ocorreu em 1997, portanto, naquele período não existia aquele tipo penal e ainda que o art. 5º, XLIII promulgado em 1988, não podia retroagir para prejudicar.

Segue o relator afirmando que o judiciário não pode dar outra redação a uma lei, que esta tarefa caberia exclusivamente ao poder legislativo e passa a ilustrar sucessivas mudanças legislativas que ocorreram na Argentina e no Uruguai. Termina o capítulo com a seguinte afirmação:

Permito-me repetir o quanto afirmei linhas acima. O 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, não por nós. Como ocorreu e deve ocorrer nos Estados de direito. Ao Supremo Tribunal Federal – repito-o – não incumbe legislar.

A seguir, o relator descreveu a suposta recepção constitucional do constituinte originário de 88 com a incorporação da anistia da Emenda Constitucional 26/85. O Ministro, ao longo de muitos parágrafos, procurou desconstruir a teoria, há mais 3 séculos pacífica, de que o poder constituinte originário não é absoluto e soberano e, com isso, o constituinte de 88 teria de se vincular ao ato de convocação da assembleia nacional convocada para 1987.

Termina o voto pugnando pela improcedência da ação e que o direito fundamental a informação deverá ser enfrentado quando do julgamento da ADI 4077.

4.8 VOTOS DIVERGENTES⁴²⁵

A partir deste momento, iremos analisar os votos dissidentes dos ministros Ricardo Lewandowski e Aires Brito para, no momento posterior, confrontá-los com o acórdão final á luz das técnicas da justiça de transição já detalhadamente esplanadas.

4.8.1 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Começa o voto, o Ministro, discordando do suposto acordo tácito para redemocratização do Brasil citando vários fatos do período, entre

⁴²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**. Voto Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

eles: a carta aos brasileiros, escrita pelo professor Godofredo Telles Jr. no pátio da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco; protestos que vinham do exterior de organismo internacionais, como a OEA; cartas de parlamentos estrangeiros, da anistia e internacional e de organismos da Igreja.

Segundo o Ministro, para se determinar o alcance do conceito de crime político trazido no art. 1º, parágrafo 1º da Lei 6683/79, é necessário revisitar o conceito de crime político e comum no julgamento das extradições. Para tanto, ele citou os seguintes precedentes: STF HC 76451, Ext. 855, Ext. 1085, Ext. 974, Ext. 1088 e apontou contradições no voto de alguns ministros no julgamento.

Para o Ministro, a jurisprudência da corte nos casos de extradição é pacífica no sentido que o crime político previsto nos arts. 1º e 2º da Lei 7170/83⁴²⁶ tem de ter seus requisitos acumulados, ou seja, cumular os requisitos do art. 1º oferecer lesão ou perigo de lesão: à integridade territorial e à soberania nacional; ao regime representativo e democrático; à Federação e ao Estado de Direito; à pessoa dos chefes dos Poderes da União. Cumulado com o requisito subjetivo da motivação política presente no art. 2º.

Sobre a prescrição, o Ministro afirmou, concordando com a PGR, que o instituto deveria ser aferido quando da persecução penal em que pese o pleno do STF na extradição 974, já tinha afirmado que crimes de sequestro possivelmente seguidos de homicídios têm o caráter permanente e, por essa razão, sua execução se protraí no tempo não correndo, portanto, a prescrição.

Há ainda um dualismo nos crimes políticos quando eles são cometidos com os requisitos objetivos e subjetivos, previstos nas tradicionais leis de segurança nacionais, e quando são cumulados com emprego de violência como nos casos dos crimes de sangue. Daí a doutrina e a jurisprudência da corte costumam dividi-los em crimes políticos puros ou próprios e crimes políticos impuros ou impróprios. Os primeiros em geral decorrentes de crimes de opinião e, no segundo caso, cumulados com violência extremada.

⁴²⁶ Essa é a 4ª lei de segurança nacional durante o Regime Militar foram vigentes o Decreto-Lei 314, o DL 898 e a lei 6620/78, todos esses dispositivos, no entanto, traziam o mesmo conceito de crime político.

Sepúlveda Pertence, no HC 76451⁴²⁷, afirmou que além da motivação e objetivos políticos o crime deve ter praticado alguma lesão potencial ou real a integridade territorial, soberania ou ao Estado.

Na extradição 855, o Ministro Celso de Mello afirmou textualmente que:

Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII). - A Constituição da República, presentes tais vetores interpretativos (CF, art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extradicional do Estado brasileiro, notadamente se se tiver em consideração a relevantíssima circunstância de que a assembleia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a

⁴²⁷ Infelizmente foi algum erro material nesta citação deste acórdão, pois após consulta viu-se que ele versa sobre prisão decorrente de pronúncia que inclusive deixou de existir após a reforma do CPP em 2008. Preferimos manter no texto da descrição do voto como forma de manter a integridade desta descrição. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 76451-3 Sp.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76674>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, a estes não reconhecendo a dignidade de que muitas vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política.

O estatuto da criminalidade política não se revela aplicável nem se mostra extensível, em sua projeção jurídico-constitucional, aos atos delituosos que traduzam práticas terroristas, sejam aquelas cometidas por particulares, sejam aquelas perpetradas com o apoio oficial do próprio aparato governamental, à semelhança do que se registrou, no Cone Sul, com a adoção, pelos regimes militares sul-americanos, do modelo desprezível do terrorismo de Estado. - O terrorismo - que traduz expressão de uma macro delinquência capaz de afetar a segurança, a integridade e a paz dos cidadãos e das sociedades organizadas - constitui fenômeno criminoso da mais alta gravidade, a que a comunidade internacional não pode permanecer indiferente, eis que o ato terrorista atenta contra as próprias bases em que se apóia o Estado democrático de direito, além de representar ameaça inaceitável às instituições políticas e às liberdades públicas, o que autoriza excluí-lo da benignidade de tratamento que a Constituição do Brasil (art. 5º, LII) reservou aos atos configuradores de criminalidade política. - A cláusula de proteção constante do art. 5º, LII da Constituição da República - que veda a extradição de estrangeiros por crime político ou de opinião - não se estende, por tal razão, ao autor de atos delituosos de natureza terrorista, considerado o frontal repúdio que a ordem constitucional brasileira dispensa ao terrorismo e ao terrorista. - A extradição - enquanto meio legítimo de cooperação internacional na repressão às práticas de criminalidade comum - representa instrumento de significativa importância no combate eficaz ao terrorismo, que constitui "uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais [...]" (Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, Art. 11), justificando-se, por isso mesmo, para efeitos extradicionais, a sua

descharacterização como delito de natureza política⁴²⁸.

Como se pode constatar, o Ministro Celso de Mello afastou a noção ampla de crime político, reduzindo-o a um dualismo conceitual. Dividindo o crime político em: puro próprio e impuro ou impróprio. Sendo resolvido pelo critério da preponderância.

Na Extradicação 1085, conhecida como caso Cesare Battisti, o Ministro Cesar Pelluso acompanhou a jurisprudência pacífica da corte quanto a caracterizar o crime político impróprio como crime comum. Segue trecho do voto do relator:

EXTRADIÇÃO. Passiva. Crime político. Não caracterização. Quatro homicídios qualificados, cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados. Preliminar rejeitada. Voto vencido. Não configura crime político, para fim de obstar a acolhimento de pedido de extradição, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo⁴²⁹

⁴²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradicação 855**. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=+caso+norambuena&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 abr. 2011.

⁴²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradicação 1085**. Relator Ministro Cesar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281085%2EENUME%2E+OU+1085%2EACMS%2E%29+%28%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORL%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORV%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORA%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 abr. 2011.

No mesmo julgado, o Ministro Gilmar Mendes anotou o seguinte: “a doutrina não traz soluções definitivas” em relação a estabelecer um critério definitivo para classificar os crimes políticos e assemelhados.

Na extradição 615, apesar da relatoria ter sido feita pelo Ministro Paulo Brossard, a citação feita foi do voto do Ministro Francisco Rezek. O caso em tela foi da extradição do ex-chefe de Estado Luis Garcia Mesa Tejada. Nele o Ministro Francisco Rezek cita expressamente o método da ponderação e da preponderância para a caracterização do crime político. Eis trecho do voto:

Ora, nesse caso, transpareceu de modo cristalino que o tribunal não há sequer de apelar para o clássico princípio da preponderância para avaliar no extraditando Garcia Meza, a qualidade de delinquente político ou comum. Não há um único argumento a indicar motivação política nos crimes de assassinato, de apropriação de terras públicas em proveito próprio e da família, de lesão ao erário em concorrências públicas por ele administradas. Tudo que ai temos é desenganada criminalidade comum: de político, só o cargo por ele exercido – de resto, mediante usurpação [...].⁴³⁰

O voto do Ministro Rezek descreve o método da preponderância o que o Ministro Lewandowisk define como método *case by case approach* caracterizado pela análise da preponderância da motivação política e pela atrocidade dos meios e dos fins do crime para avaliar se o crime é político próprio ou impróprio.

Para o Ministro, o caso da Lei de Anistia deve ser aplicado esse método, fazendo uma distinção entre os crimes políticos e os crimes políticos relativos ou *hard cases* e que deve ser feita uma avaliação caso a caso.

Como a Lei de Anistia não cogita de crimes políticos comuns e emprega tecnicamente o conceito de “conexão”, com isso segue a

⁴³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 615**. Voto Francisco Rezek. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=324821>>. Acesso em: 8 abr. 2011.

possibilidade de abertura de persecução penal que poderia ser desencadeada desde que se descarte caso a caso o os crimes políticos puros dos impróprios pelo critério da preponderância e da atrocidade.

Em relação à suposta incorporação da anistia pelo constituinte originário, segundo o Ministro, não há nenhum óbice produzido pela aprovação da emenda 26/85.

A constituição de 88 não ratificou a anistia, preferindo fazer em outros termos para garantir as reparações às vítimas de violações de direitos humanos, previstas no art. 8º do ADCT.

Além disso, o Comitê de Direitos Humanos da ONU assentou que os Estados participantes do pacto internacional dos direitos civis e políticos têm o dever de investigar julgar e punir, assinalando que nos casos em que alguns agentes do Estado tenham violado gravemente os direitos humanos estes Estados têm o dever de punir em detrimento de anistias e imunidades.

Salientou também o posicionamento da CIDH a partir do julgamento do caso Barrios Altos vs. Peru, na a jurisprudência daquela corte, que o Brasil se obrigou a respeitar sua jurisdição a partir de 1998, que é pacífica em relação a invalidar as auto anistias dos Estados signatários dos quais o Estado brasileiro faz parte.

Por essas razões expostas, o Ministro julgou procedente em parte a ação para dar interpretação conforme, de modo a que se entenda que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela Lei 6683/79, devendo o juiz ou tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal, fazer uma abordagem caso-a-caso (*case by case approach*) mediante os critérios da preponderância e da atrocidade dos meios nos moldes da jurisprudência desta corte, para o fim de caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da pratica de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos.

4.8.2 Voto do Ministro Aires Brito⁴³¹

A propósito de Hitler.
 A humanidade não é o homem
 Para se dar a virtude do perdão
 A humanidade tem o dever de:
 Odiar seus ofensores
 Odiar seus ofensores
 Odiar seus ofensores...
 Porque o perdão coletivo é falta de memória e de vergonha
 Convite masoquístico à reincidência.⁴³²

Segundo o Ministro, para a coletividade anistiar algum crime, teria de tê-lo feito de forma literal, clara, objetiva, assumida e autêntica, não incidindo em: “tergiversação redacional, em prestidigitação normativa ou hipocrisia normativa.”⁴³³

A Lei de Anistia não tem clareza, sem dúvida incluiu em seu âmbito incluiu todas as pessoas que cometeram crimes, não só os comuns ou hediondos e assemelhados, desde que motivação com política ou com sob tipificação política de acordo com a dicotomia entre crimes políticos e impropriamente políticos.

Eros Grau brindou a todos com um voto detalhado para apreender a vontade normativa da Lei, colocou muita ênfase nas tratativas da Lei, mais nos precedentes da Lei do que da própria Lei.

No caso das tratativas, elas devem ser consideradas secundariamente no plano da subsidiariedade, pois o método histórico de interpretação não é um método, é um para-método, pois a ele deve se recorrer quando existe alguma dúvida sobre o alcance da lei.

O método histórico não é pra afastar dúvida é pra tirar dúvida quando os outros métodos hermenêuticos tradicionais falharam. Na Lei de Anistia para Aires Brito não resta dúvida que os crimes hediondos e

⁴³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**. Voto Ministro Aires Brito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

⁴³² Poema do Ministro Aires Brito citado no voto divergente.

⁴³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**. Voto Ministro Aires Brito.

equiparados não foram incluídos. “Hipocrisia é a homenagem que o vício presta à virtude.”

Segundo o Ministro, quem redigiu a Lei não teve coragem de assumir a propalada intenção de anistiar torturadores estupradores assassinos frios de prisioneiros já rendidos, pessoas que estupravam moças e mulheres na presença dos pais namorados e maridos. Isso sem falar na pedofilia.

Certos crimes são, pela sua natureza, absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão.

Se a Lei não é clara, após a interpretação não se enxerga clareza. As pessoas que são tratadas aqui nesse julgamento são: torturadores, assassinos estupradores e foram além do regime de exceção por conta própria, por si mesmo, de formadura prepotente etc.

O Ministro segue fazendo uma distinção. As Forças Armadas tomaram o poder em 01/04/64 às claras, à luz do dia, dizendo pra o que vieram e que entendiam que o regime estava sob ameaça, pois se entendia que havia um plano comunizante no país, não importa a questão anímica de concordar ou discordar do regime imposto. Como as Forças Armadas têm por definição respeito à lei, têm em seu imaginário a lei como condição da hierarquia da disciplina e da ordem. As Forças Armadas instituíram um arcabouço legal imposto, mas legal. Essas pessoas desobedeceram não só a legalidade legítima de 46, como também o regime imposto de 64.

O torturador não é ideólogo, não elabora formulação política. O crime político pressupõe um combate ilegal à estrutura política do Estado e toda ordem que subjaz o Estado.

O torturador não comete crime político, é um monstro um desnaturado, um tarado, é aquele que experimenta o mais intenso dos prazeres diante do mais intenso dos sofrimentos alheios perpetrado por ele, é uma cascavel de ferocidade tal que morde o som dos próprios chocalhos não se pode ter condescendência com ele.

A Lei de Anistia podia fazê-lo, mas não o fez. Podia fazer de forma clara, sem tergiversação. O que interessa é a vontade objetiva da

Lei não a vontade subjetiva do legislador, a não ser muito subsidiariamente.

A vontade subjetiva do legislador derramada numa folha de papel se desgarra do autor e passa a ter existência autônoma.

Os crimes políticos do art. 1º, parágrafo 1º da lei trata de crimes propriamente políticos. Política é o governo da *polis* e o modo de se praticar ou se conceber a *polis*. Ou conexo, ou vinculado, ou enlaçado, que seja.

O parâmetro e centralidade da interpretação é o crime político o conexo é secundário. Tem de ser o crime praticado com motivação política o que *a priori* excluiria todo crime de sangue com resultado morte.

Se a lei tem que anistiar que o diga claramente. Absoluto foi o movimento pela abertura geral e irrestrita. A anistia coloca uma falta de isonomia no interior das próprias Forças Armadas. A imensa maioria da Forças Armadas jamais incidiu em tortura. Esses militares torturadores, que traíram a pátria e Deus e as próprias Forças Armadas, não podem ser tratados em igualdade de condições com os militares que estavam tentando modificar a estrutura do estado do seu jeito.

Foi dito que o constituinte originário de 88 incorporou a anistia conferida pela Lei 6683/79, na emenda 26/85, ela o fez relativizando seu sentido como também o fez a Constituição brasileira de 88, também relativizando, no art. 8 do ADCT o disposto na anistia de 79, só tratando de atos políticos excetuando-se os conexos.

Dir-se-ia que a emenda 26 é obra do poder constituinte originário, porém, disse o saudoso Josaphat Marinho, o ato de convocação feito pela emenda 26/85 que convocou a constituinte não vincula a assembleia que é soberana.

Finalizando, o Ministro diz que texto interpretado é polissêmico e um desses significados entra em rota com o texto constitucional, por essa razão julgou parcialmente procedente conforme a CF afastando a interpretação ampla geral e irrestrita que lhe pretendem atribuir, dando interpretação conforme para excluir do texto impugnado qualquer interpretação que signifique excluir os crimes do art. 5º, LXIII em atenção ao princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana, e da república porque mesmo durante o Regime Militar o Estado brasileiro continuou sendo uma república que tem a acepção do governo das leis que, mesmo de exceção, foram violadas.

A partir do próximo capítulo faremos uma exposição crítica em face do julgado apontando algumas decisões recentes do pleno do STF marcadas por fortes contradições.

5 CAPÍTULO IV – AS CONTRADIÇÕES DO STF EM FACE DO JULGAMENTO DA ADPF 153

Espelho

Por acaso, surpreendo-me no espelho:
 Quem é esse que me olha e é tão mais velho que eu? (...)
 Parece meu velho pai - que já morreu! (...)
 Nosso olhar duro interroga:
 "O que fizeste de mim?" Eu pai? Tu é que me invadiste.
 Lentamente, ruga a ruga... Que importa!
 Eu sou ainda aquele mesmo menino teimoso de sempre
 E os teus planos enfim lá se foram por terra,
 Mas sei que vi, um dia - a longa, a inútil guerra!
 Vi sorrir nesses cansados olhos um orgulho triste... "⁴³⁴

De todo o exposto no capítulo anterior, ficou nítido a fragilidade dos argumentos jurídicos expostos pelo voto do relator vencedor em face dos votos divergentes dos ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Aires Brito.

A postura do Ministro Eros Roberto Grau foi contraditória ao longo de toda instrução do feito: desde a negativa da audiência pública, à utilização de precedentes que não corroboravam com sua tese, o argumento ultrapassado que a vontade histórica do legislador tinha de prevalecer sobre a interpretação objetiva da Lei e, ainda, a tese da vinculação do constituinte originário ao seu ato de convocação.

Tudo isso sem citar as omissões intencionais: não abordou a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos; a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a questão do conceito e significado da expressão “terrorismo” presente no

⁴³⁴ QUINTANA, Mario. O espelho. **Jornal da Poesia**. Disponível em: <<http://www.jornaldepoesia.jor.br/quinta.html#espelho>>. Acesso em: 13 abr. 2011.

parágrafo 2º do art. 1º da lei 6683/79⁴³⁵ e, por fim, reconhecer que o direito à verdade e memória estava sendo afrontado, que a arguição fazia esse questionamento, que aquela situação era objeto da ADI 4077 e que o relator não pediu a reunião dos processos em virtude da conexão para julgamento conjunto.

O presente trabalho não tem a ingenuidade de questionar a qualidade e técnica do voto do relator e dos ministros que o acompanharam. O plenário do STF é composto de alguns dos juristas e pesquisadores mais brilhantes deste país.

O julgamento da ADPF 153 foi um caso em que as razões políticas foram levadas muitos mais em consideração do que questões técnico-jurídicas. Daí a preocupação, pois Fábio Conder, em entrevista a revista *Caros Amigos*, edição do dia 25/10/2010, relata que o então presidente, Luís Inácio Lula da Silva, na véspera do julgamento da ADPF 153, convidou todos os ministros para um jantar no Palácio da Alvorada, segundo o mesmo Comparato:

Não é difícil imaginar o assunto que foi objeto de debate durante essa simpática refeição. Aliás, um ministro do Supremo Tribunal Federal me disse: ‘Comparato, você não imagina as pressões que nós recebemos [...]’.

O voto do Ministro Eros Roberto Grau utilizou das técnicas de neutralização elaboradas por Sykes e Matza, que são formas de racionalização do comportamento desviante que são aprendidas e utilizadas ao lado dos modelos de comportamento e valores alternativos, de modo a neutralizar a eficácia dos valores e normas sociais aos quais, apesar de tudo, em realidade, o delinquente geralmente adere⁴³⁶.

Os autores descrevem 5 técnicas⁴³⁷ como forma de justificar a ilegalidade perante a estrutura normativa e moral vigente na sociedade em que vive:

⁴³⁵ Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

⁴³⁶ BARATTA, 2002, p. 77-79.

⁴³⁷ Essas técnicas propostas por Sykes e Matza tinham por objeto a delinquência juvenil. Zaffaroni propôs revisitar esta teoria adaptando-a aos crimes de estado nos regimes militares

Exclusão da própria responsabilidade: com a qual o delinquente interpreta a si mesmo mais como arrastado pela circunstâncias e, desse modo, prepara o caminho para o desvio do sistema normativo sem necessidade de um ataque frontal às normas. Essa interpretação foi feita com base na edição da Lei de Anistia com uma maioria parlamentar artificial composta pela utilização do ato de exceção do AI-5 no Pacote de Abril, devidamente omitida pelo voto do relator

Negação da ilicitude: o delinquente interpreta as suas ações como somente proibidas, mas não imorais ou danosas e aplica uma série de redefinições de como as violações de direitos humanos do Regime Militar seria legitimada pela guerra contra subversão. As violações, segundo o relator, foram de ambos os lados do regime, por essa razão o caráter bilateral da anistia e seu acordo necessário para acabar com o sangue e a violência e restabelecer a normalidade democrática.

Condenação dos que condenaram: revisitar a Lei de Anistia após 30 anos e proceder a uma justiça de transição pondo em destaque as vítimas é um ato de revanche em confronto com a clemência que o regime procedeu ao perdoar os criminosos políticos do Regime Militar.

Apelo às instâncias superiores: com esta técnica, as normas, as expectativas e os deveres que derivam da sociedade em geral, ainda que aceitos, são sacrificados em favor de normas expectativas e deveres de solidariedade. Neste sentido abrir uma brecha para responsabilização dos agentes perpetradores de graves violações de direitos humanos seria atentar contra a democracia reconstruída a duras penas, gerar instabilidade institucional, por essa razão em nomes desses pilares dever-se-ia esquecer e por uma pá de cal neste capítulo funesto da história.

A partir de agora analisaremos mais alguns *leading cases* julgados recentemente pelo STF com a composição bem próxima àquela do julgamento da ADPF 153.

Para constatar a contradição da corte em face da incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro utilizaremos HC 85785/TO, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello.

Para apontar a contradição na timidez revelada pelo relator, no tocante à falta de atribuição dela, para dar uma nova interpretação à Lei

do cone sul no artigo “El crimem de estado como objeto de la criminologia” apresentado inicialmente “The Stoscholm crimilogy Symposium em 2006 e republicado no livro “Hacia Dónde Va El Poder Punitivo”. Ver: Zaffaroni, 2009, p. 107-122.

de Anistia, em razão do princípio da separação dos poderes, revisitaremos a reclamação Constitucional 4335/AC.

E ainda, para confrontar também a posição tímida e sem ativismo judicial do STF, iremos analisar outros fundamentos, da já citada neste trabalho, extradição 1085, o famoso caso Cesare Battisti.

5.1 O *HABEAS CORPUS* 85785/TO: A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS AO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A República Federativa do Brasil, como Estado Democrático-Social de Direito, é protegida constitucionalmente pelos direitos humanos fundamentais nas três dimensões. Sua localização topográfica é privilegiada, consta logo após o preâmbulo da Constituição, do art. 1º ao 16º. O título I estabelece os princípios fundamentais que norteiam o Estado brasileiro, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, tábua basilar da ordem constitucional brasileira, neste sentido:

Nesta trilha de raciocínio, importa destacar que o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela constituição 88, foi a dignidade da pessoa humana que, como consecatório, impõe a elevação do ser humano ao centro de todo sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e sua realização existencial, devendo garantir-lhe um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade.⁴³⁸

No título II, encontram-se os direitos e garantias fundamentais que, como exposto, traduzem a positivação dos direitos humanos na órbita constitucional. Os direitos humanos fundamentais individuais estão inseridos dentro do capítulo I, mais precisamente ao longo dos 78 incisos do art. 5º; os direitos coletivos estão inseridos no capítulo I e II

⁴³⁸ FARIAS, C. Cristiano. **Direito Civil**: teoria geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 96.

em incisos do art. 5º e 6º; os direitos sociais no capítulo II, a nacionalidade do capítulo III e os direitos políticos no art. IV.

Todavia, o ordenamento positivo brasileiro inovou trazendo uma abertura axiológica no parágrafo 2º do art. 5º, que busca maximizar a efetivação dos direitos humanos fundamentais tanto ao longo do texto constitucional, como na recepção de tratados internacionais ratificados pelo Estado e, neste sentido, assevera Canotilho⁴³⁹:

As constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas e de normas oriundas de outros centros transnacionais ou de ordens institucionais intermediárias.

Esse é o espírito do Estado Democrático-Social de Direito, que visa à prevalência da dignidade humana, assim: “os direitos internacionais integrariam, assim o chamado ‘bloco de constitucionalidade’ densificando a regra constitucional positivada no parágrafo 2º, do art. 5º, caracterizando assim uma clausula constitucional aberta.”⁴⁴⁰

O art. 5º, § 2º diz que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Durante todo constitucionalismo brasileiro, a técnica de recepção dos tratados de direitos humanos ratificados pelo país foi construída pelas cortes superiores de forma nada pacífica. Várias correntes doutrinárias foram construídas. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, o § 3º, do art. 5º, recebeu o seguinte texto: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros,

⁴³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 74.

⁴⁴⁰ PIOVESAN, 2002, p. 79.

serão equivalentes às emendas constitucionais.” O que já era polêmico ficou tortuoso.

No tocante à incorporação dos tratados internacionais, nenhum ordenamento constitucional anterior a 88 referiu-se expressamente aos direitos humanos. A Constituição de 1967, no seu art. 153, preconizava “a especificação dos direitos e garantias expressos nessa constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos direitos que ela adota.”, ou seja, referia-se apenas genericamente aos tratados internacionais.

A introdução da cláusula aberta do art. 5º, § 2º foi uma grata novidade trazida pelo constituinte originário, que, como dito anteriormente, causou e causa grande celeuma doutrinária configurando, ao todo, quatro correntes que versam sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos: i) a corrente que advoga a supra constitucionalidade dos tratados de direitos humanos. Nela, os tratados, independentemente de seu conteúdo, teriam eficácia no ordenamento pátrio ante o conflito material com o ordenamento interno constitucional; ii) a corrente que defende a hierarquia constitucional dos tratados. Nesta, seria válida a norma que tivesse maior conteúdo material na defesa dos direitos humanos; iii) a corrente que milita a favor da hierarquia infraconstitucional, mas supralegal de direitos humanos. Segundo ela, os tratados de direitos humanos, ante o conflito com normas infraconstitucionais, prevaleceriam, porém, ante conflito com normas constitucionais, estas prevaleceriam independentemente do seu conteúdo de afirmação dos direitos humanos fundamentais; iv) a corrente que corrobora com a tese da paridade entre os tratados e a lei ordinária federal. Para ela, os tratados de direitos humanos teriam a mesma eficácia que a lei federal e o conflito de normas seria solucionado através das técnicas tradicionais de hermenêutica⁴⁴¹.

Primeiramente, a jurisprudência do STF entendeu que haveria uma supra legalidade na incorporação dos tratados de direitos internacionais *lato sensu*, pois ainda não havia disposição constitucional sobre os direitos humanos na égide da Constituição de 67. Essa posição fundamentava-se no art. 27 da Convenção de Viena e, ainda, na interpretação analógica do art. 98 da lei 5.172/66, que versa sobre o Código Tributário Nacional e dispões: “Art. 98. Os tratados e as

⁴⁴¹ As regras de hermenêutica clássica encontram-se dispostas na Lei de Introdução ao Código Civil.

convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

Esta corrente foi bastante influenciada pela teoria monista kelsiana “que advogava a primazia do direito internacional sobre o direito interno por motivos de ordem prática: a primazia do direito interno acarretaria o despedaçamento do direito, e conseqüentemente sua negação.”⁴⁴²

Esse posicionamento foi o mais estável de todos no decorrer do tempo, perdurando até o ano de 1977. Esta posição permaneceu concretizada nos corredores do pretório durante mais de 60 anos só sendo equivocadamente superada, de acordo com a doutrina internacionalista⁴⁴³, a partir do julgamento do RE 80.004⁴⁴⁴.

A partir da vigência da carta Constitucional de 1988, com redação do art. 5º, parágrafo 2º e da ratificação, em 1992, do Pacto de San José da Costa Rica, que em seu art. 7º,⁷⁴⁴⁵ proibiu a prisão civil por dívida, exceto a do devedor de alimentos, houve uma grande um conflito entre o disposto no texto do tratado e o Art. 5º, LXVII⁴⁴⁶ da Constituição Federal. O Supremo, no julgamento do HC 72.131-RJ⁴⁴⁷ decidiu que o Pacto de San José não interferiria na prisão civil em virtude do disposto no art.5º LXVII da Constituição, caracterizando

⁴⁴² PIOVESAN, 2002, p. 84.

⁴⁴³ Neste sentido Flávia Piovesan e Vladimir Silveira.

⁴⁴⁴ Convenção de Genebra, lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, aval aposto a nota promissória não registrada no prazo legal, impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do decreto-lei n. 427, de 22.01.1969. Embora a convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de cambio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela as leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do decreto.

⁴⁴⁵ Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

⁴⁴⁶ Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

⁴⁴⁷ EMENTA: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida.

assim a manutenção da paridade entre a lei e o tratado internacional de direitos humanos.

A partir da publicação da Emenda Constitucional nº 45 e do ingresso do § 3º, do art. 5º no ordenamento constitucional, ocorreram algumas dúvidas doutrinárias que, paulatinamente, começam a ser enfrentadas pelos tribunais. Exemplificam esses questionamentos o direito intertemporal dos tratados de direitos humanos ratificados anteriormente a Emenda 45 e a posição dos tratados ratificados sem o quórum qualificado de emenda constitucional.

De acordo com o §3º, do art.5º da Constituição Federal: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Em relação aos tratados ratificados com quórum de emenda, não há maiores problemas. A literalidade do texto diz que eles serão equivalentes a emendas constitucionais e, por terem em conteúdo material de direitos humanos, terão ainda a rigidez de clausula pétrea, não podendo ser modificados sequer por emenda constitucional, pois de acordo com a redação do art. 60, §4º da Constituição Federal: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV os direitos e garantias individuais.”

Se por um lado esse dispositivo trouxe grandes incertezas no que tange aos tratados incorporados com o quórum qualificado, por outro, implicou numa grata inovação, pois estabilizou plenamente os avanços dos direitos humanos fundamentais na órbita interna do Estado.

A questão do gênero depositário infiel restou intocada e o STF, durante todo esse tempo, utilizava o depositário do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, afastando a vedação à prisão civil da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em 12/06/07, a primeira turma do STF decidiu sustar o andamento do julgamento do HC 85785/TO, afetando ao plenário decidir sobre a questão do depositário infiel em alienação fiduciária, que teria natureza contratual, ou seja, de prisão civil. O julgamento deste precedente ocorreu em 03/12/08 e o STF seguiu o entendimento, construído há mais de 10 anos pela 6ª turma do STJ e por setores da doutrina processualista, entendendo pelo não acolhimento da prisão civil do depositário infiel ao ordenamento jurídico brasileiro. Fundamentou o acórdão na afronta ao art. 7º, 7 do Pacto de São José da

Costa Rica, no que tange a prisão civil. Neste julgamento, o STF novamente reiterou o posicionamento da corte no que tange a incorporação dos tratados de direitos humanos à ordem jurídica brasileira, fixando a tese da supralegalidade. Ilustra-se com passagem do Informativo 531 do STF sobre o tema:

Prisão Civil e Depositário Infiel - 3

Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu *habeas corpus* em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supra legalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expandido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento.

HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008. (HC-87585)⁴⁴⁸

Em 16/12/2009 o STF editou a súmula vinculante nº 25 com o seguinte texto “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” afastando assim definitivamente a prisão civil do depositário infiel e estabilizando, portanto, a tese da supralegalidade hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

A contradição da fundamentação deste julgado para com a argumentação da ADPF 153 é tão latente que até o parâmetro utilizado é o mesmo a Convenção Americana de Direitos Humanos. Aqui se preferiu maximizar a proteção jurídica aos direitos humanos fundamentais inclusive afastando uma norma constitucional⁴⁴⁹, enquanto que lá o relator preferiu omitir em seu voto a existência do referido tratado. Há de ressaltar que embora a convenção tenha sido ratificada pelo Decreto Legislativo 678 de 06/11/1992 o tratado não retroagiria para alcançar os efeitos da lei 6683/79, pois o próprio STF já definiu na extradição 974 que os crimes de sequestro e possíveis assassinatos têm caráter permanente e sua execução se protraí no tempo nos termos do voto divergente do Ministro Ricardo Lewandowski neste trabalho já analisado.

5.2 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL 4335/AC E A SUPOSTA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Lei 8072\90 (dos crimes hediondos) não permitia a progressão de regime (art. 2º, §1º), porém em um processo subjetivo em sede de controle difuso o STF, no julgamento do HC 82959/SP, declarou inconstitucional aquele dispositivo. Em relação à progressão de regime não houve maiores problemas, pois posteriormente foi editada a Lei

⁴⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 531**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 maio 2009.

⁴⁴⁹ O argumento o utilizado foi de afastar as normas que regulamentavam o dispositivo.

11.464\07 que permitiu a progressão, desde que cumpridos 2\5 da pena, para primários e 3\5 para reincidentes.

No entanto, no intervalo entre a declaração de inconstitucionalidade da lei pelo referido *habeas corpus* e a edição da Lei 11.464\07 foi ajuizado no STF a Reclamação Constitucional 4335/AC que causou, e ainda causa, uma celeuma enorme no seio do judiciário brasileiro.

Antes de adentrar no mérito da Reclamação Constitucional 4335\AC devemos revistar em breves linhas noções do instituto.

A reclamação é uma ação autônoma de impugnação de índole constitucional. Está prevista na Constituição o art. 103, I e 105, I, f para os processos de competência do STJ. E é uma ação de competência originária de tribunal.

A reclamação constitucional surgiu na jurisprudência do Supremo, não tinha previsão na lei e nem na Constituição. Ela é fruto de uma criação jurisprudencial. Foi incorporada ao regimento do STF em 1957 com base nas competências atribuídas pela constituição de 1946. O fundamento para essa criação jurisprudencial feita pelo Supremo foi feita com base na Teoria dos Poderes Implícitos (*implied powers*).⁴⁵⁰

Sua natureza jurídica é controversa. Sustentam que é de incidente processual, ou medida de direito processual constitucional, medida processual de caráter constitucional. Mas prevalece a opinião de Pontes de Miranda que a reclamação tem natureza jurídica de ação propriamente dita com todas suas características como, por exemplo, reformar decisões, faz coisa julgada formal e material.⁴⁵¹

Tem por objeto uma dupla-função político-jurídica qual seja: preservar a competência e ainda Assegurar a autoridade das decisões da corte. A Reclamação 4335\AC foi processada com o objetivo de resguardar a autoridade das decisões do STF.

Historicamente as reclamações constitucionais eram utilizadas para uma afronta direta a uma decisão de tribunal por um juízo inferior, contra um julgado que não levava em consideração a *ratio decidendi* de uma ação de controle concreto-abstrato (ADI, ADC, ADPF) e eventualmente suas liminares.

O caráter histórico desta reclamação se deu exatamente neste ponto. Foi aceita para questionar uma decisão de um juízo monocrático

⁴⁵⁰ NOVELINO, 2010, p. 672.

⁴⁵¹ Idem, Ibidem, p. 673-674.

frente a uma decisão de um *habeas corpus*, processo subjetivo e *inter partes* e ainda debater uma tese jurídica num processo subjetivo onde a pretensão do recorrente é simplesmente reformar o dispositivo da decisão qualquer que seja seu fundamento.

A reclamação, cujo relator foi o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, nem seria conhecida, pois não feria a autoridade do tribunal já que a decisão do HC 82959/SP era *inter partes*. O relator afastou a preliminar de inexistência de decisão do STF com o fundamento de que a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado.⁴⁵² Disse que a corte, a partir da emenda 45, deveria fazer uma nova interpretação do papel do Senado nas decisões de controle difuso de constitucionalidade.

Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada.

Em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso, em razão de novos institutos inseridos no texto da carta e a repercussão geral, além da ampliação do rol de legitimados da ADI trazidos pelo constituinte e da súmula vinculante.

⁴⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 454**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

Em seu voto vista-feito no dia 19\04\2007 o Ministro Eros Grau argumentou que no sentido de que, pelo art. 52, X⁴⁵³, da CF, ao Senado Federal, no quadro de uma verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei⁴⁵⁴.

A decisão monocrática do relator Gilmar Medes e o voto-vista do Ministro Eros Grau atacam toda a tradição do controle difuso constitucional no Brasil que está previsto desde a carta de 1891⁴⁵⁵ e a participação do Senado para suspender e lei desde a Carta de 1934⁴⁵⁶.

É correto que existe uma tendência de abstratização dos processos de controle difuso-concreto de constitucionalidade. Isso é verificável com as mudanças ocorridas ao longo dos últimos 20 anos a partir do constituinte de 88. A ampliação do rol de legitimados para propor ações constitucionais e eficácia erga omnes e vinculante atribuída a legislador negativo em sede de ADI a partir da emenda 45, a repercussão geral necessária ao conhecimento do STF em sede de recursos extraordinários, a possibilidade de intervenção da figura do *amicus curiae* trazido pela regulamentação do controle de constitucionalidade com a Lei 9868\00⁴⁵⁷ e a possibilidade de emissão de súmula vinculante depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional regulamentada pela promulgação da Lei 11.417\2006.

Porém a tese construída pelo relator Gilmar Mendes e aprimorada pelo Ministro Eros Grau, propõe algo até então impensável: que o STF

⁴⁵³ Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 463**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

⁴⁵⁵ Art. 59, §1º, “b”): quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

⁴⁵⁶ Art. 91, IV- suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

⁴⁵⁷ Art. 7º, §2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

substitua o poder constituinte derivado com o voto de apenas 6 iluminados, como foi bem denunciado por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Lênio Luiz Streck e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima num artigo quando disseram:

Na verdade, o *linguistic turn* não foi devidamente recepcionado no campo do direito brasileiro; melhor dizendo, *a viravolta linguística foi mal compreendida pela tese da mutação constitucional*. O direito – compreendido no interior dessa ruptura paradigmática – não pode ser entendido como *espaço de livre atribuição de sentido*; essa questão assume especial relevância quando se trata do texto constitucional. Ou seja, em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, *a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário*. E, com isso, soçobra a democracia. E este nos parece ser o ponto principal da discussão acerca dos votos proferidos na aludida Reclamação 4335-5.⁴⁵⁸

A tese do relator tem três contradições básicas, primeiro é um atentado a concretização dos direitos e garantias individuais restringindo o acesso ao poder judiciário aos litigantes e simplesmente tentando fulminar toda e qualquer possibilidade da concretização da cidadania via controle incidental. A segunda contradição aparente é em virtude da tese apresentada ser uma tentativa de burla ao procedimento a súmula vinculante que tem como requisitos controvérsias repetidas e o quórum de 2\3 do tribunal (8 ministros) para sua aprovação. Se a tese prosperar⁴⁵⁹, bastará a maioria simples para a inconstitucionalidade ser

⁴⁵⁸ STRECK, Lênio Luis; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912>. Acesso em: 17 abr. 2011.

⁴⁵⁹ O julgamento permanece parado desde 27 de abril de 2007, com o pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

declarada com efeitos erga omnes e vinculante. A terceira é fato de que no controle difuso-concreto o julgamento do recurso extraordinário não tem por escopo debater uma tese jurídica, mas sim analisar concretamente um direito subjetivo potencialmente violado ao deslocar-se do plano da concretude para abstração, o Supremo estará subvertendo a lógica quase dois séculos do instituto no ordenamento brasileiro.

Outro grave problema da tese do relator e do Ministro Eros Grau é o de transformar o Senado em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal em tais questões⁴⁶⁰. O controle de constitucionalidade difuso-concreto sempre foi caracterizado por um ato complexo, ou seja, ao STF cabia julgar e declarar o texto normativo contrário à constituição e o Senado analisar de forma discricionária a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF. Outro fator que deve ser ressaltado ao declarar suspensa a validade de uma lei os efeitos dessa declaração tem eficácia *ex nunc*, enquanto que os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade pelo STF são declaratórios, ou seja, eficácia *ex tunc* a não serem vistas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social nos termos do art. 27 da lei 9868\99⁴⁶¹.

Os autores do artigo ainda denunciam a total descontextualização fático-histórica, da tese da mutação constitucional dizendo que:

Na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha *Staatsrechtslehre* do Reich alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática. E não nos parece que esse fenômeno possui similaridade no Brasil. E mesmo em Hsü-Dau-Lin (referido pelo Ministro Eros Grau) e sua classificação “quadripartite” do fenômeno da mutação constitucional não leva em conta aquilo que é central para o pós-Segunda Guerra e, em

⁴⁶⁰ STRECK, 2007, p. 2.

⁴⁶¹ 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.

especial, para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático expõe, muito embora, registre-se, Lin tenha sido discípulo de Rudolf Smend, um dos primeiros a falar em princípios e espécie de fundador da doutrina constitucional alemã pós-Segunda Guerra.

Na verdade, o relator se aproveitou de uma situação em que tratava de uma questão de violação das garantias e direitos individuais pelo legislador ordinário procedendo alterações legislativas para aumentar o nível de repressão do sistema penal, para atuar como constituinte derivado hipertrofiando ainda mais as atribuições do STF que já foram substancialmente alargadas com a edição da Emenda Constitucional nº45.

Os votos divergentes da reclamação foram neste sentido. O Ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação, mas concedeu *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão. Na via do controle incidente, asseverou que não se poderia, a partir daí, reduzir-se o papel do Senado, que quase todos os textos constitucionais subsequentes a 1934 mantiveram. Ressaltou ser evidente que a convivência paralela, desde a EC 16/65, dos dois sistemas de controle tem levado a uma prevalência do controle concentrado, e que o mecanismo, no controle difuso, de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto, mas afirmou que combatê-lo, por meio do que chamou de “projeto de decreto de mutação constitucional”, já não seria mais necessário, pois a EC 45/2004 dotou o Supremo de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja o instituto da súmula vinculante⁴⁶².

O Ministro Joaquim Barbosa não conheceu da Reclamação, recebendo-a como *habeas corpus* em razão do princípio da instrumentalidade das formas. Afirmou que no caso concreto resolveria

⁴⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 463**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

a questão o *habeas corpus* concedido liminarmente pelo relator. Concordou com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence de que a questão da demora do Senado em concretizar o controle concreto-difuso estaria resolvida com a introdução da súmula vinculante no art. 103-A da Constituição. Afastou a tese da mutação constitucional exposta pelo Ministro Eros Grau pelos argumentos acima apontados cumulados com o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o consequente e definitivo desuso do dispositivo⁴⁶³.

Após esses votos, no já longínquo ano de 2007, a reclamação 4335/AC continua sem andamento, os autos foram devolvidos após o pedido de vistas do Ministro Ricardo Lewandowski e, a partir de então (11\02\2011), estão aguardando julgamento pelo pleno.

Ante o exposto viu-se mais uma flagrante contradição na confrontação da Reclamação 4335\AC com o julgamento da ADPF 153. Enquanto naquela o Ministro Eros Grau utilizou de um profundo argumento retórico para legitimar sua posição de ator constituinte sem sequer preocupar-se com a separação dos poderes e o respeito ao poder legislativo, na ADPF 153 o relator, o mesmo Ministro Eros Grau foi de uma timidez e humildade ímpares, rejeitando preliminares e defendendo arduamente o papel do legislador positivo quando disse:

Permito-me repetir o quanto afirmei linhas acima. O 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, não por nós. Como ocorreu e deve ocorrer nos Estados de direito. Ao Supremo Tribunal Federal – repito-o – não incumbe legislar.⁴⁶⁴

⁴⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 463**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

⁴⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**. Voto do Relator Ministro Eros Grau. 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

A partir de agora iremos analisar o julgamento do STF na Extradicação 1085, o famoso caso Cesare Battisti e a invasão do STF nas atribuições políticas do poder executivo.

5.3 A EXTRADIÇÃO 1085: O CASO CESARE BATTISTI

Cesare Battisti ingressou na organização Proletários Armados pelo Comunismo (PAC) em 1976, com pouco mais de 20 anos. O PAC praticou inúmeras ações subversivas no período entre 1976 e 1979, com o propósito de enfraquecer e, eventualmente, derrubar o regime político italiano. Tais ações incluíram furtos de carros, furtos em estabelecimentos de crédito, furtos de armas, propaganda subversiva e quatro mortes. Os mortos foram um agente penitenciário, um agente policial e dois “civis”: um joalheiro e um açougueiro.

Em 1979, a organização Proletários Armados pelo Comunismo foi desbaratada e a maioria de seus membros foi presa. Levados a julgamento por todas as operações do grupo naquele período, houve diversas condenações. Quatro dos integrantes do PAC, mas não Cesare Battisti, foram condenados por um dos homicídios: o do joalheiro Torregiani. Cesare Battisti não era considerado sequer suspeito de qualquer dos homicídios e não foi acusado de nenhum deles. Foi condenado, no entanto, a uma pena de 12 anos por delitos tipicamente políticos: participação em organização subversiva e participação em ações subversivas. Esteve preso de 1979 a 1981, em uma prisão para presos políticos que não haviam cometido ações violentas. De lá se evadiu, em 1981, em operação conduzida por um dos líderes do grupo – Pietro Mutti –, que não havia sido preso ainda. Battisti refugiou-se inicialmente no México e depois na França, onde recebeu abrigo político.

Em 1982, Mutti foi preso e, com o benefício da delação premiada, denunciou Battisti, que se encontrava refugiado na França, protegido assim da jurisdição italiana. Na França permaneceu abrigado político durante 14 anos, casou-se, construiu uma família, teve 2 filhas e jamais esteve envolvido com qualquer ação anti-social desde 1979. Em 1991 a Itália requer à justiça francesa o pedido de extradição, que foi negado, já sob governo Berlusconi a Itália requereu novamente a

extradição e a França deferiu. Antes da execução da decisão, Cesare Battisti foge para o Brasil.⁴⁶⁵

Essa é basicamente a síntese dos fatos que antecederam a vinda do extraditando Cesare Battisti ao Brasil e que gerou o processamento da extradição 1085 que a partir de agora iremos relatar.

Primeiramente, devemos destacar que não iremos enfrentar o mérito da extradição 1085 que deferiu a extradição de Battisti sob o argumento de que os crimes praticados pelo extraditando foram crimes políticos relativos, impropriamente ditos, infrações mistas ou complexas, que são aqueles que atacam ao mesmo tempo um bem jurídico político e um bem jurídico comum que se revolve pelo critério da preponderância e atrocidade e, caso o crime comum conexo transformar-se no principal, o crime político relativo será tratado como crime comum e a extradição deverá ser concedida⁴⁶⁶.

Como também a impossibilidade de apreciação do valor das provas e do consequente re julgamento da causa em que se deu a condenação em razão da aplicação dos arts. 77, 78 e 85, § 1º, da Lei nº 6.815/80⁴⁶⁷. Não constitui objeto cognoscível de defesa, no processo de extradição passiva executória, alegação de insuficiência das provas ou injustiça da sentença, cuja condenação é o fundamento do pedido. Ou ainda, o afastamento da prescrição⁴⁶⁸, bem como o pedido de analogia *in bonan partem* de quando há empate na votação de *habeas corpus* por ser ação de índole penal a ação é favorável ao réu em in virtude do *in dubio*

⁴⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Reflexões sobre o caso Cesare Battisti**. Disponível em: <<http://cesarelivre.org/node/149>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

⁴⁶⁶ VELOSO, 2004, p. 336.

⁴⁶⁷ Lei que define o estatuto jurídico do estrangeiro em seu art. 85, §1º que a defesa versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição a *contrario sensu* o Supremo Tribunal Federal entende que não cabe reexame de prova em sede de extradição.

⁴⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão Ext. 1085**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Ext+1085+%28%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORL%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORV%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORA%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2EACMS%2E%29%28PLENO%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

pro reo que está previsto no regimento interno do STF nos termos do art. 146, § único do RISTF.⁴⁶⁹

Nesses quesitos, o julgamento a Extradicação 1085 foi coerente com a jurisprudência da corte apesar desse raciocínio ser passível de questionamentos como em todos os julgamentos de crimes políticos. (inclusive a Lei 6683\79 foi citada na inicial). A maior inovação do STF nesse julgamento foi em relação ao princípio da harmonia e separação dos poderes invadida no afastamento do ato de Refúgio, e ainda quando se tentou exigir do Presidente da República vinculação à decisão aos tratados internacionais celebrados na hipótese de concessão de asilo político⁴⁷⁰, Vejamos:

Antes de adentrarmos o ato de concessão de refúgio exarada pelo então Ministro da Justiça, Tarso Genro, devemos diferenciar estes dois institutos de direito internacional que serão trabalhados: o asilo político e o refúgio.

Ambos decorrem de uma decisão soberana do Estado concedente e destinam-se à proteção internacional de direitos humanos, além de impedirem a extradicação do indivíduo para o país que praticou ou pratica a perseguição.

O asilo tem origem mais remota, sendo previsto já no século XIX. Em 1954 foram firmados dois tratados versando o tema: um cuidando do asilo territorial, concedido pelo Estado no qual o indivíduo se encontra, e o outro disciplinando o asilo diplomático, concedido temporariamente por embaixador para permitir que o asilado deixe o país onde se vê ameaçado. Ambos os tratados foram ratificados pelo Brasil.

Já o refúgio, data de 1951, quando foi elaborada a Convenção Sobre o Estatuto dos Refugiados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Os documentos internacionais foram ratificados pelo Brasil e, na sua essência, reproduzidos na Lei 9474/97.

⁴⁶⁹ Art. 146¹. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta.

Parágrafo único. No julgamento de *habeas corpus* e de recursos de *habeas corpus* proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente.

⁴⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 558**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo558.htm#>>. Extradicação: Legalidade do Ato de Concessão de Refúgio e Natureza dos Crimes Imputados ao Extraditando – 1. Acesso em: 19 abr. 2011.

Uma pequena distinção deve ser ressaltada, pois o tratado de 1951 veda sua aplicação aos crimes comuns, enquanto que a Lei 9474\97 veda sua aplicação aos crimes hediondos. Carmem Tibúrcio destaca que a acusação da prática de crimes comuns é um dos instrumentos utilizados para a prática de perseguições políticas por isso que na prática A ACNUR e a de outros países acabam afastando não a utilizam como óbice para concessão de refúgio sob pena de esvaziar seu conteúdo protetivo.⁴⁷¹

A respeito da extensão do alcance do asilo e do refúgio a mesma autora faz a seguinte distinção:

Uma outra distinção teórica entre asilo e refúgio envolve as situações que justificam a concessão de um ou outro. O refúgio pode ser concedido em razão de efetiva perseguição ou do temor fundado de que ela ocorra, por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. As normas sobre asilo, por sua vez, fazem referência a efetiva perseguição – não bastando o temor –, sendo igualmente mais restritivas quanto às suas causas, que só podem ser crenças, opiniões e filiação ou delitos de natureza política. Como se percebe, a proteção conferida pelo status de refugiado é mais abrangente do que o do asilado. Ademais, o asilo envolve somente o Estado concedente, ao passo que o refúgio diz respeito também ao ACNUR.⁴⁷²

A Lei 9474\97, em seu art. 1º, define as hipóteses de concessão de refúgio aos indivíduos que: devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontra-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência

⁴⁷¹ TIBÚRCIO, Carmem. **A extradição de Battisti e o Direito Internacional**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/casos/cesarebattisti/artigos/extradicao_de_battisti.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2011.

⁴⁷² TIBÚRCIO, 2009, p. 02.

habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

No art. 2º estende o *status* de refugiado aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional.

O art. 3º dispõe sobre as condutas vedadas ao refugiado: desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados ACNUR; residam no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro; tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas; sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

O capítulo II versa sobre o estatuto jurídico do refugiado, seus direitos e obrigações. O título II do segundo capítulo versa sobre a entrada e o processamento do pedido de concessão de refúgio, pedido esse remetido ao CONARE.

O título III do capítulo segundo define o CONARE, estabelece sua composição, competências e atribuições. O Comitê Nacional para os Refugiados CONARE é órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça. Dentre outras atribuições estabelecidas em seu regimento, compete ao CONARE: analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado; decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado; determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado; orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados; aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução da Lei 9474\97.

O CONARE é composto por: um representante do Ministério da Justiça, que o presidirá, um representante do Ministério das Relações Exteriores; um representante do Ministério do Trabalho, um representante do Ministério da Saúde; um representante do Ministério da Educação e do Desporto, um representante do Departamento de Polícia Federal, um representante de organização não-governamental, que se

dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no País. Sendo que o ACNUR será sempre membro convidado para as reuniões do CONARE, com direito a voz, sem voto.

Como uma de suas atribuições, o CONARE julgou em 27 de junho de 2008 improcedente o pedido de refúgio de Cesare Battisti por 3x2. Nos termos do art. 29 da Lei foi apresentado recurso administrativo ao Ministro de Estado da Justiça. O Ministro Tarso Genro⁴⁷³ fundamentou sua decisão com os seguintes argumentos, entre outros:

a) A Itália é um Estado democrático de direito que precisou reagir a um conjunto de movimentos políticos, ações armadas e mobilizações sociais que pretendiam, mediante o emprego de ações violentas, a instalação de um novo regime político-social (itens 12 e 13).

b) Ao reagir à atuação das organizações revolucionárias, durante os “anos de chumbo”, o Estado italiano editou legislação de exceção, que reduziu as prerrogativas de defesa dos acusados de subversão e/ou ações violentas (item 14).

c) Situações de extrema tensão social e política, como as vividas pela Itália, levam ao funcionamento de aparatos ilegais e/ou paralelos ao Estado, comandados por justiceiros “de fato”, configurando, por vezes, forte crise de legalidade (item 15).

d) É público e notório que os mecanismos de funcionamento da exceção operaram, na Itália, também fora das regras da própria excepcionalidade prevista em lei (item 17).

e) Determinadas medidas adotadas pela Itália nos “anos de chumbo” ressoam ainda hoje nas organizações internacionais que lidam com direitos humanos, como se verifica do relatório da Anistia Internacional e do Comitê Europeu para Prevenção da Tortura (item 20).

⁴⁷³ BRASIL. Ministério da Justiça. Recurso. Negativa. Condição de Refugiado. Carência de Pressupostos. **Processo nº 08000.011373/2008-83**. 13 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao_cesare_batti.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2011.

f) Diversos países, inclusive não-europeus, levando em conta os fatores referidos anteriormente, recusaram a extradição de ativistas italianos e/ou os abrigaram em seus territórios (item 20).

g) Outros evadidos da Itália por motivos políticos vinculados à situação do país na década de 70 e início dos anos 80 não foram extraditados pelo Supremo Tribunal Federal (item 21).

h) A legislação de exceção italiana permitiu que se fizessem ao requerente acusações sobrepostas, com procedimentos e tipos penais singulares desenvolvidos pelo Estado requerente (item 23).

i) As acusações feitas contra o requerente fundamentaram-se, precipuamente, em uma testemunha de acusação implicada pelos próprios fatos delituosos, qual seja, o delator premiado Pietro Mutti (item 24).

j) A despeito da alegação de que as acusações ao requerente dizem respeito à violação da lei comum, é de se notar que a própria decisão sobre os homicídios afirma ter agido ele com a finalidade de “subverter a ordem do Estado”, “subverter as instituições e a fazer com que o proletariado tomasse o poder” e produzir “subversão violenta do sistema econômico e social do próprio país” (itens 8 e 26).

k) É fato irrefutável a participação política do requerente, o seu envolvimento político insurrecional e a pretensão de instituir um poder soberano “fora do ordenamento”. A natureza política da atuação do requerente é confirmada por carta do ex-Primeiro-Ministro e ex-Presidente Francesco Cossiga (itens 28 e 30).l) O requerente esteve abrigado em solo francês, durante o Governo de François Mitterrand, tendo sido acolhido juntamente com vários militantes da extrema esquerda italiana na mesma situação (itens 30 e 31).

m) A situação do requerente foi alterada durante o Governo Jacques Chirac, que mudou a política de abrigo aos militantes italianos. A extradição do requerente, que havia sido negada anteriormente pela França, veio a ser concedida, no contexto de mudanças políticas naquele país (item 34).

n) O refúgio, como instrumento de proteção internacional da pessoa humana, tem caráter humanitário, aplicando-se a ele o princípio *in dubio pro reo*: na dúvida, a decisão de reconhecimento deverá inclinar-se a favor do solicitante do refúgio (item 39).

o) Merece destaque o fato de que o requerente renunciou à luta armada, constituiu família, teve duas filhas e vive pacificamente como escritor há muitos anos (itens 31, 32 e 33).

p) O pedido de extradição é para cumprimento de prisão perpétua (item 6).

Em função desta fundamentação o Ministro julgou haver dúvida razoável sobre os fatos que, segundo o Recorrente, fundamentam seu temor de perseguição. Isto posto, julgou procedente o pedido de refúgio. Nos termos art. 1º, inc. I, da Lei nº. 9.474/97.

Por mais que não se concorde com o teor da argumentação da decisão do Ministro não resta dúvida que sua decisão foi motivada em razão da decisão de caráter discricionário a lógica seria a concessão de um alvará de soltura e extinção do pedido de extradição nos termos do art. 33 da lei 9474\97⁴⁷⁴.

A decisão do Ministro Tarso Genro foi uma espécie do gênero Ato Administrativo. Sendo o ato administrativo uma manifestação de vontade do Estado ou de quem o represente que vai, como qualquer ato jurídico, criar, modificar ou extinguir direitos sempre perseguindo o interesse público, estando sujeito ao regime público, sendo inferior à previsão legal e está sujeito ao controle pelo Judiciário.

O Estado Italiano ingressou com o Mandado de Segurança nº 27.875 questionando a decisão do Ministro da Justiça sob os seguintes fundamentos: alegando que o ato de soberania praticado pela autoridade legalmente competente, endossado em mais de uma ocasião pelo Presidente da República, incorreria nas seguintes ilegalidades: (i) teria se fundado em motivos inexistentes e/ou falsos; (ii) violaria a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para apreciar pedido de extradição em curso (Extradição nº. 1.085-Itália) e (iii) violaria o

⁴⁷⁴ O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

princípio da impessoalidade, pois representaria mero ato de vontade da autoridade coatora.

O Mandado de Segurança não foi julgado porque teve seu objeto considerado prejudicado pela existência da extradição 1085, nela o Ministro relator Gilmar Mendes, em seu voto, declarou incidentalmente que não havia correspondência entre os motivos declarados e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão de refúgio, contrastando com norma legal proibitiva do reconhecimento dessa condição. Por essa razão declarou o ato administrativo eivado de nulidade absoluta.

Para declarar a nulidade absoluta do ato de concessão de refúgio um dos pressupostos de validade do ato exarado deveria conter algum vício que ensejasse a nulidade absoluta.

De acordo com o art. 2º, da Lei da Ação Popular, são nulos os atos no caso de: incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos, desvio de finalidade. A melhor forma de interpretação é autêntica, ou seja, enunciada pelo próprio legislador. O parágrafo único do art. 2º da Lei da Ação Popular conceitua as hipóteses de nulidade do ato administrativo.

O sujeito agente será incompetente quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou. A Lei 9747/97 expressamente previu a previsão de recurso ao Ministro de Estado da Justiça no seu art. 33.

O vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato. A ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo. O Ministro de Estado da Justiça decidiu, com base num recurso administrativo típico expressamente previsto em lei especial.

A inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido. Já o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. A decisão administrativa do Ministro foi motivada com mais de 40 argumentos e sua finalidade foi respeitada, qual seja declarar o refúgio do agente Cesare Battisti.

O judiciário pode e deve fazer o controle de legalidade dos atos administrativos. Para tanto devemos fazer a distinção dos atos

administrativos vinculados e discricionários. Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

Atos vinculados seriam em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a administração, ao expedirlos, não interfere em apreciação subjetiva alguma.⁴⁷⁵

Seria o caso da expedição de uma licença de motorista ou de um alvará de construção em que a administração apenas confere se condições para concessão do ato estão preenchidas sem adentrar no mérito do interesse do jurisdicionado. Ao passo em que o ato discricionário:

Pelo contrário, seriam os que a administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo os critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.⁴⁷⁶

Não houve na decisão do Ministro nenhum pressuposto do ato que ensejasse nulidade absoluta. O ato de concessão de refúgio tal qual previsto no art. 1º da lei 9474\97⁴⁷⁷ é um caracterizado como ato

⁴⁷⁵ MELLO, 2008, p. 422.

⁴⁷⁶ Idem, Ibidem, p. 422.

⁴⁷⁷ Art. 1º. Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

administrativo discricionário, haja vista a alta carga de subjetividade da expressão “fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas”.⁴⁷⁸

Contudo o relator julgou que o ato de decisão era um ato vinculado, portanto nulo, utilizando como embasamento a obra de um autor vivo, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirmou taxativamente nos autos da ação que aquele entendimento não tinha como prosperar.

Como foi visto o Ministro relator e os que acompanharam seus votos incorreram em invasão do mérito no controle de legalidade. Ato este que além de discricionário tem um viés político.

Mas o Ministro relator foi além. Após invadir as atribuições do poder executivo no que tange a discricionariedade conferida pela Lei 9747\97, tentou ainda o Ministro limitar a competência do presidente da república no que tange a concessão de asilo político e sua prerrogativa de chefe de estado nas relações internacionais.

O relator tentou vincular o julgamento da Extradicação 1085 a qualquer posterior decisão de asilo político concedida pela Presidência da República. Ora, segundo a Constituição brasileira, compete privativamente ao Presidente da República, na função de chefe de Estado, representar a República Federativa brasileira na suas relações internacionais (Art. 84, VII, VIII, XIX, XX). É um ato de manifestação da soberania brasileira, essa soberania só poderia ser limitada pelo detentor legítimo da soberania, o povo, por meio de seus representantes, não por um órgão colegiado com apenas 11 pessoas que sequer passou pelo crivo popular. Nesse ponto o voto do relator foi vencido com apenas uma objeção: que o Presidente observasse os termos do tratado ratificado.

Temos de discordar inteiramente desta restrição feita pelo acórdão. O processo de incorporação dos tratados no ordenamento brasileiro é uma exceção ao princípio do paralelismo das formas. Para incorporar um tratado ao ordenamento deve-se passar por duas fases após a assinatura chefe de Estado: A aprovação por meio de decreto legislativo pelo Congresso Nacional e após, a ratificação pelo Presidente da República ou plenipotenciário, um ator internacional normalmente representado pelo Ministro das Relações Exteriores que tem a presunção

⁴⁷⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Parecer na extradicação 1085**. Disponível em: <http://www.lrbarrroso.com.br/pt/casos/cesarebattisti/pareceres/parecer_celso_antonio_bandeira_de_mello.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2011.

de legitimidade de agir representando o Estado nas negociações internacionais.⁴⁷⁹

Todavia sua recíproca não é verdadeira, pois a denúncia do tratado pode ser feita por unilateralmente pelo Presidente da República sem necessidade de aprovar um decreto legislativo, revogando o antigo decreto que incorporou o tratado em virtude do permissivo genérico do art. 84 VIII, apesar de considerarmos uma incoerência essa exceção assim como são também os decretos autônomos do art. 84, IV, não pode o poder judiciário limitar as competências atribuídas ao órgão máximo da república sem ferir o princípio da separação dos poderes.

No último ato político de seu governo, em 31\12\2010, o então presidente Luís Inácio Lula da Silva, por meio de nota lida pelo seu Ministro das Relações Exteriores, Celso Amorim, decidiu negar a extradição com base nas prerrogativas constitucionais de chefe de estado, segue a íntegra da nota divulgada a imprensa:

O presidente da República tomou hoje a decisão de não conceder a extradição ao cidadão italiano Cesare Battisti, com base em parecer da Advocacia Geral da União. O parecer considerou atentamente todas as cláusulas do Tratado de Extradicação entre o Brasil e Itália, em particular a disposição expressa na letra “f”, do item 1, do artigo 3 do Tratado, que cita, entre as motivações para a não extradição, a condição pessoal do extraditando. Conforme se depreende do próprio Tratado, esse tipo de juízo não constitui afronta de um Estado ao outro, uma vez que situações particulares ao indivíduo podem gerar riscos, a despeito do caráter democrático de ambos os Estados. Ao mesmo tempo, o Governo brasileiro manifesta sua profunda estranheza com os termos da nota da Presidência do Conselho dos Ministros da Itália, de 30 de dezembro de 2010, em

⁴⁷⁹ AMARAL, Renata Campetti. **Direito Internacional Público e Privado**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 54.

particular com a impertinente referência pessoal ao Presidente da república.^{480 481}

Ato contínuo, a defesa do extraditando encaminhou uma petição avulsa requerendo alternativamente alvará de soltura que se declarasse esgotada a jurisdição do STF, tocando aos órgãos do Poder Executivo a responsabilidade pelo cumprimento da decisão presidencial.⁴⁸²

O Ministro Presidente negou o alvará de soltura e também negou que a jurisdição do STF tenha terminado com o trânsito em julgado do acórdão de concessão da Extradicação 1085. Afirmando que apenas 4 votos foram a favor da plena discricionariedade do Presidente da República e que no acórdão expedido, qualquer posterior ato teria de se limitar ao disposto no tratado bilateral de extradição.

Desta forma acaba-se de evidenciar mais uma contradição do Supremo Tribunal Federal, meses antes do julgamento da ADPF 153. O Pleno do STF que foi tão limitado em sua decisão para não ferir a separação de poderes e com decisão instituir uma suposta crise institucional, agora com o julgamento da Extradicação 1085, além de julgar nulo um ato discricionário de concessão de refúgio político, controlando assim o mérito administrativo/político da administração, invade a soberania estatal ao não dar cumprimento à decisão de asilo político do presidente da república e pode-se tranquilamente alegar que o Presidente do STF, Ministro Cesar Peluso, ao negar a soltura do extraditando incorreu em crime de responsabilidade por não dar cumprimento ao acórdão do próprio plenário do STF nos termos dos art.

⁴⁸⁰ BRASIL. Presidência da República. **Nota à imprensa sobre asilo de Cesare Battisti.** Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/2010dez31/lula-decide-nao-extraditar-o-italiano-cesare-battisti.jhtm>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

⁴⁸¹ Não conseguimos acessar o parecer da AGU que concedeu o asilo político ao extraditando, pois a partir de 22/11/2010 com a edição da resolução 427/2010, do Supremo Tribunal Federal, as peças do processo de extradição ficaram indisponíveis eletronicamente só podendo ser consultadas pelas partes e advogados. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Manual do e-Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoManualeSupremoTribunalFederal&pagina=informacaoVerPecaEletronica>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

⁴⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática negando alvará de soltura na Ext 1085. Ministro Presidente Cesar Peluso.** 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

39⁴⁸³ da Lei dos Crimes de Responsabilidade 1079\50484. E nesse momento, mesmo com o refúgio concedido e mesmo com o ato de clemência de asilo concedida pelo Presidente da República, o extraditando permanece preso administrativamente na carceragem da Polícia Federal em Brasília.

⁴⁸³ Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1 - altera, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2 - proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; 3 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decore de suas funções.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A anistia política do período do Regime Militar brasileiro foi apenas um dos pontos do longo plano de distensão política pensada pelos sucessores do Castelismo. Geisel passou todo o seu mandato organizando uma abertura política que não causasse transtornos aos setores militares, forjando com os instrumentos de exceção uma maioria parlamentar para seu sucessor João Batista Figueiredo. Isto ficou evidenciado na análise da Lei Falcão e do Pacote de Abril, editado utilizando o Ato Institucional nº 5.

No decorrer do Capítulo I ficou demonstrado que não houve nenhum acordo político entre a oposição consentida parlamentar e o governo. Apesar da luta pela redemocratização e pela anistia ampla, geral e irrestrita naquele período ter sido uma prerrogativa disputada, com uma ampla mobilização da sociedade em prol das liberdades civis e dos direitos humanos, o que se viu naquele período foi a utilização do movimento social e do parlamento para contrapor os interesses contraditórios palacianos, do que qualquer tipo de negociação ou composição para uma transição negociada ou acordada, como tanto se tem propalado. O Projeto de Lei da Anistia foi aprovado sem um único voto sequer da oposição.

Na análise do texto aprovado foi visto que o governo militar procurou a todo o momento inverter o instituto da anistia que em todas as épocas foi de perdoar os opositores dos poderes constituídos com o escopo de estender o perdão e esquecimento aos agentes violadores de direitos humanos utilizando de técnica legislativa bastante imprecisa. A anistia, aprovada em agosto daquele ano, foi uma anistia parcial, limitada e restrita. Só anos depois o STM consolidou o entendimento de que aquele tratamento era desproporcional e terminou alargando seu alcance jurisprudencialmente, tornando-a deste modo geral e irrestrita.

O Capítulo II introduziu a teoria de base. Demonstrou que apesar de terem existido diversas transições políticas ao longo de toda história, somente após a 2ª Guerra Mundial, com os tribunais de Nuremberg e Tóquio, o termo Justiça de Transição começou a ser cunhado.

Foi definido um conceito de Justiça de Transição como um conjunto de medidas que cada estado em conflito deve empreender para minimizar qualquer retorno ao anterior clima de exceção. Para tanto, subdividiu-se as áreas de atuação da Justiça de Transição em 4 eixos:

juízo dos agentes responsáveis pelo atos criminosos, reparação das vítimas dos abusos, reconstrução e preservação da verdade e memória, exoneração ou desclassificação de certos agentes à certas funções ou cargos públicos, reforma das instituições estatais com fulcro de garantir a não repetição dos abusos.

O primeiro eixo justicial trabalhado foi o reconhecimento e reparação das vítimas e familiares. Foi visto que na experiência internacional há dois aspectos que devem ser reparados um material e um simbólico. O primeiro diz respeito à restituição do *status quo* ante à vítima nos seus direitos políticos, de cidadania, posto no serviço público, por exemplo; compensação pelos danos tanto materiais quanto extrapatrimoniais sofridos, reabilitação hospitalar e psicológica dos traumas sofridos.

O aspecto simbólico, por opção metodológica, preferiu-se incluí-los no tópico sobre a verdade e memória.

A seguir enfrentaram-se as estratégias de reparação utilizadas na transição política brasileira, destacando-se as leis: de Anistia (6683/79), art. 8º do ADCT, de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos Políticos (9140/95) e da Reparação (10.559/02).

Ao final, concluiu-se que, não obstante, as indenizações concedidas sofrerem frequentes questionamentos pela imprensa, além da reparação material elas se constituem em importante gesto simbólico, este reconhecimento público por parte de autoridades do Estado que desempenham papel fundamental na superação da exclusão à que foi vítima o perseguido político.

O direito fundamental à memória e à verdade existe pra garantir instrumentos de não-repetição do passado autoritário, aos quais o Estado e a sociedade presenciaram. Representa, além de uma reparação simbólica, também uma dimensão individual, coletiva e difusa.

Como instrumentos de construção da memória com verdade foram destacados os Tribunais de Verdade e Conciliação, compilação de processos administrativos e judiciais, acesso a banco de dados públicos, construção de monumentos e memoriais para a lembrança daquele passado, incentivo e indução estatal à pesquisa de acontecimentos do período.

Na análise transicional brasileira foram analisados 3 momentos de sua implementação. No primeiro momento, pré-constituinte narrou-se a importância do projeto Brasil Nunca Mais, coordenado pela arquidiocese de São Paulo. Este projeto foi classificado como *Unofficial*

Truth Projects pela doutrina justransicional. Destacou-se ainda a importância do projeto feita por um ente supra estatal que disponibilizou subsídios para o estado iniciar seu processo de reparação.

O trabalho da comissão instituída pela Lei de Desaparecidos Políticos gerou um grande banco de dados com informações ainda não coletadas anteriormente. Dessa forma, após 12 anos de trabalho, a comissão de mortos e desaparecidos políticos editou o Livro Direito a memória e verdade que simbolizou o segundo momento do processo de construção da verdade com memória no Estado brasileiro pós-Regime Militar.

A partir de 2007, até o presente momento, está-se passando por um novo momento representado pelas caravanas da anistia e pelo projeto marcas da memória em que o estado passa a ter um papel indutor de políticas públicas nesta área incentivando a academia e a sociedade civil organizada a pensar políticas públicas de não repetição de atrocidades.

Apesar de grandes avanços alcançados recentemente no que tange as reparações materiais e simbólicas, ainda persistem sérios entraves para consolidar a memória com verdade no Estado brasileiro entre eles: A vigência da Lei 11.111/05, que manteve os arquivos oficiais da ditadura como de segurança nacional não podendo ser consultados; a retirada do PL 7.376/10 que visa criar uma comissão de verdade e memória no Brasil; e ainda o cumprimento da sentença da 1ª vara federal do Distrito Federal do Tribunal Federal da 1ª região de nº 820024682-5, que impeliu o Estado brasileiro a prestar esclarecimentos sobre a Guerrilha do Araguaia.

O terceiro eixo enfrentado foi o da reforma das estruturas estatais. Estas reformas devem abordar 3 frentes simultaneamente: quebra de paradigma das estruturas de controle social formais e informais, expurgos de agentes violadores de direitos humanos dos quadros estatais, educação e construção de uma cultura de respeito aos direitos humanos no interior dos organismos estatais, principalmente aqueles que lidam com inteligência e segurança.

Foi feita uma descrição dos sistemas penais criados pelo Regime Militar e de como esses sistemas se incorporaram a ordem político-social após 88, sem sofrer solução de continuidade que, apesar do aperfeiçoamento do papel de algumas instituições após o constituinte de 88, tais como: o Ministério Público e a Defensoria Pública; a consolidação do regime democrático formal brasileiro e a melhoria do

acesso à educação; muitas tarefas seguem a serem cumpridas, pois: o acesso aos altos postos do funcionalismo público ainda está restrito a uma casta que detém o poder econômico; as polícias brasileiras tem formação inadequada. recebem baixos salários e como consequencia há um alto índice de corrupção e criminalidade nestes setores; a legislação penal e processual a cada dia recebe modificações que visam dilapidar a legalidade estrita e conferir poderes discricionários ao Estado; a legislação processual altamente seletiva; o sistema prisional para cumprimento da pena é desumano; o pluralismo ideológico nos meios de comunicação de massa está longe de se concretizar; o Estado brasileiro permanece como um violador do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos.

No Capítulo III foi abordada a questão da responsabilização dos agentes violadores de direitos humanos em sua primeira parte. Para isso o autor socorreu-se das definições e conceitos extraídos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Definindo os crimes de lesa-humanidade praticados pelo Regime Militar brasileiro, de acordo com o Estatuto de Roma; os conceitos do *jus cogens*, a imprescritibilidade e a jurisdição Universal.

Ao fim, trouxe a baila o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre auto anistias e o recente caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, em que a corte finalmente declarou a anistia brasileira nula perante a comunidade internacional e condenou o Estado brasileiro a investigar, julgar e punir os agentes violadores e reparar as vítimas e seus familiares pelas graves violações sofridas.

Na segunda parte do capítulo adentrou-se no objeto principal deste trabalho, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Foi feita uma análise objetiva do instituto da arguição evidenciando sua singularidade frente a todo ordenamento jurídico ocidental, discorreu-se sobre seus precedentes, suas características, espécies e procedimento.

Após, adentrou-se na análise descritiva do julgamento. Destacou-se algumas imprecisões da petição inicial, tais como a delimitação do objeto e a denominação de Arguição Incidental, descreveu-se minuciosamente os votos do relator, dos votos dissidentes, os pareceres da AGU e da PGR e as intervenções dos *amicus curiae*.

Ao fim ficou nítida a fragilidade dos argumentos jurídicos expostos pelo voto do relator vencedor em face dos votos divergentes dos ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Aires Brito.

Foi destacada a postura contraditória do relator da ADPF, dentre outro motivos: pela negativa da audiência pública, pela utilização de precedentes que não corroboravam com a tese, pelo argumento ultrapassado que a vontade histórica do legislador tinha de prevalecer sobre a interpretação objetiva da lei e pela tese da vinculação do constituinte originário ao seu ato de convocação.

Foram destacadas ainda algumas omissões intencionais tais como: não abordou a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos; a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a questão do conceito e significado da expressão terrorismo presente no parágrafo 2º do art. 1º da lei 6683/79; e por fim reconhecer que o direito à verdade e à memória estavam sendo afrontados, que a arguição fazia esse questionamento, que aquela situação era objeto da ADI 4077 e o mesmo como relator não pediu a reunião dos processos em virtude da conexão para julgamento conjunto.

No último capítulo foi defendida a tese de que o STF utilizou das 5 técnicas de neutralização definidas por Sykes e Matza que são formas de racionalização do comportamento desviante que são aprendidas e utilizadas ao lado dos modelos de comportamento e valores alternativos, de modo a neutralizar a eficácia dos valores e normas sociais aos quais, apesar de tudo, em realidade, o delinquente geralmente adere.

A partir de então o autor passou a analisar 3 *leading cases* recentes do STF para apontar mais algumas contradições da Corte em face do julgamento da ADPF 153. Foram analisados: *Habeas corpus* 85785/TO, incorporação dos Tratados de Direitos Humanos ao ordenamento constitucional brasileiro; reclamação Constitucional 4335/AC e a suposta mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal e a Extradicação 1085: o caso Cesare Battisti.

No *Habeas corpus* 85785/TO, a contradição da fundamentação deste julgado para com a argumentação da ADPF 153 foi comprovada tão latente que até o parâmetro utilizado é o mesmo a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nele preferiu-se maximizar a proteção jurídica aos direitos humanos fundamentais inclusive afastando uma norma constitucional, enquanto na ADPF 153 o relator preferiu omitir em seu voto a existência do referido tratado. Há de ressaltar que embora a convenção tenha sido ratificada pelo Decreto Legislativo 678 de

06/11/1992 o tratado não retroagiria para alcançar os efeitos da Lei 6683/79, pois o próprio STF já definiu na Extradicação 974 que os crimes de sequestro e possíveis assassinatos têm caráter permanente e sua execução se protraí no tempo nos termos do voto divergente do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153.

Na Reclamação Constitucional 4335/AC o Ministro Eros Grau utilizou de um profundo argumento retórico para legitimar sua posição de ator constituinte sem sequer preocupar-se com a separação dos poderes e o respeito ao poder legislativo, enquanto que na ADPF 153 o relator, o mesmo Ministro Eros Grau foi de timidez e humildade ímpares rejeitando preliminares e defendendo arduamente o papel do legislativo.

Na ADPF 153 o pleno do STF, que foi tão limitado em sua decisão para não ferir a separação de poderes e com decisão instituir uma suposta crise institucional, com o julgamento da Extradicação 1085, além de julgar nulo um ato discricionário de concessão de refúgio político, controlando assim o mérito administrativo/político da administração, invade a soberania estatal ao não dar cumprimento à decisão de asilo político do Presidente da República.

Como foi visto ao longo da obra a tarefa de proceder à transição política no Brasil permanece ainda incompleta apesar de algumas iniciativas interessantes. No momento de conclusão desta obra a imprensa notícia que o governo Dilma Rousseff pretende aprovar o projeto de lei da Comissão Nacional da Verdade e ainda revogar os instrumentos das Leis 8159/91 e 11.111/05 para o mês de maio de 2011 em comemoração ao Dia Mundial da Liberdade de Imprensa.

Todavia, várias reformas permanecem carentes de implementação. O sistema carcerário brasileiro é um dos piores do mundo. A maior parte do sistema é composta por presos provisórios. Uma nova anistia para os crimes de menor potencial como porte de drogas e pequenos traficantes necessita de uma discussão ampla e aberta.

Nesta obra ficou bastante evidenciado que a reforma do judiciário de 2004 hipertrofiou demais as atribuições e competências do STF, transformando-o em legislador positivo com a possibilidade de edição de súmulas vinculantes. Faz-se necessário pensar maneiras de conter certos avanços, que estão se tornando cada vez mais cotidianos, nas atribuições de outros poderes, principalmente devido ao último projeto

de lei enviado ao congresso pelo STF em que caberia à corte o controle prévio de constitucionalidade das leis promulgadas.

Sua forma de composição por meio de indicação do presidente da república não o legitima a legislar quanto mais a propor uma mutação constitucional. Algumas iniciativas ainda incipientes e sem o devido amadurecimento estão tramitando no Congresso Nacional e devem ser suscitadas à discussão. Entre elas devemos indicar os projetos de Emenda Constitucional 03/11, do deputado Nazareno Fonteles do PT/PI, que pretende inserir um inciso no art. 49 da Constituição com o seguinte texto: “sustar atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

E ainda a uma PEC, proposta pelo deputado Flavio Dino do Maranhão, propondo um mandato fixo de 11 anos para os ministros do STF sem direitos a recondução, sob o argumento após a súmula vinculante os ministros estão legislando positivamente e sendo assim se faz necessária uma maior alternância de entendimentos na corte.

Para terminar, deve-se fazer o registro de que em março deste ano terminou o prazo para cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos e que, até o presente momento, o Estado brasileiro não a deu cumprimento. A OAB juntou uma petição no dia 29/03/2011 com a cópia da sentença da CIDH para conhecimento do STF e até o presente momento nada foi feito para dar cumprimento da sentença.

REFERÊNCIAS

ABREU, Hugo de. **O outro lado do poder**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Tradução Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

AMARAL, Renata Campetti. **Direito Internacional Público e Privado**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

AMORIM, Carlos. **Comando Vermelho: a história secreta do crime organizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1994.

ANDRADE, Vera R. P. **Ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

ARAÚJO, Maria do Amparo Almeida. et al. **Dossiê dos mortos e desaparecidos políticos a partir de 1964**. Prefácio de Don Evaristo Arns. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1995.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

ARQUEDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil nunca mais**. Petrópolis: Vozes, 1985.

BAHIA, Carolina M. ; MAIA, Fábio F. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nos 20 anos da constituição

brasileira: uma análise da cláusula da proibição do retrocesso ecológico a partir de casos concretos. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). **Direito de propriedade e meio ambiente : novos desafios para século XXI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos – Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BARROS, Marco Antônio de. **A Lei de Segurança Nacional e a Legislação Penal Militar**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/4714cb.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

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

BICKFORD, Louis. Transitional Justice. In: HORVITZ, Leslie Alan; CATHERWOOD, Christopher. **Macmillan encyclopedia of genocide and crimes against humanity**. Nova York: Facts on File, 2004.

BICKFORD, Louis. Unofficial Truth Projects. **Human Rights quarterly**. New York: ICTJ, 2006.

BICUDO, Hélio. **Meu depoimento sobre o esquadrão da morte**. São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz, 1977.

BICUDO, Hélio. Anistia desvirtuada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. ano 13. n. 53. São Paulo: RT, 2004/2005.

BRAGA, Hilda Soares. **Sistemas eleitorais do Brasil (1821-1988)**. Brasília: Senado Federal, 1990.

BRANCO, Carlos Castelo. **Os militares no poder**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1976.

BRANCO, Carlos Castello. **O militares no Poder vol. II: o Ato 5**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1978.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2008.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. v. 2. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2009.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. v. 3. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2010.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Boletim Informativo da Comissão de Anistia nº 54**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de instrumento 145.869**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello de 9 de fevereiro de 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF (QO)1**, Relator Ministro Nery da Silveira. 3 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=01&processo=01>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF (MC)33/PA. Relator Ministro Gimar Mendes**, 29 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=33&processo=33>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF (AgR) 80**. Relator Ministro Eros Grau. 12 jun 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=80&processo=80>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF (AgR) 43**, Relator Ministro Aires Brito. 20 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=43&processo=43>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 73/DF**, Relator Ministro Eros Grau. 11 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=73&processo=73>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**. Relator Ministro Marco Aurélio. 17/06/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudiencaPublicaAdpf54>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**, Petição inicial. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator Ministro Eros Grau. 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus>.

br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=153&processo=153>. Acesso em: 4 abr. 2011.

BRASIL. 1ª Vara Federal do distrito Federal. **Processo nº 820024682-5**. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/>>. Acesso em: 27 jan. 2011

BRASIL. Gabinete da presidência da República. **Projeto de Lei 5228/09**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Quadros/quadro_PL/2009.htm>. Acesso em: 31 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 584**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI4077/df&numero=584&pagina=2&base=INFO>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 11**. União x Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicações e Publicidade. 7 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 14 mar. 2010.

BRASIL. 1ª vara federal do distrito federal. **Sentença nº 307/03**. União x parentes e familiares de desaparecidos da guerrilha do Araguaia. Solange Salgado da Silva Ramos de Vasconcelos. 17 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/processos/processossecaoora/consprocsecao.pub.php?secao=df&proc=8200246825&sec=3400&var=1&dt=17/07/2003&mat=59&tpb=4&seq=2>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

BRASIL. Gabinete da Presidência da República. **Decreto 13/10**. Disponível em: <<http://www.prosaepolitica.com.br/2010/01/14/decreto-que-cria-a-comissao-da-verdade-e-publicado-no-dou/>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

BRASIL. Câmara dos deputados. **PL 7376/2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=478193>. Acesso em: 31 jan. 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição Federal de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 7 fev. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 76451-3 SP**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76674>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 855**. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1+=caso+norambuena&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1085**. Relator Ministro César Pelluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281085%2EENUME%2E+OU+1085%2EACMS%2E%29+%28%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORL%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORV%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORA%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 615**. Voto Francisco Resek. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=324821>>. Acesso em: 8 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho de convocação de audiência pública**. Relator Ministro Gilmar Mendes. 5 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas**: ADPF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adpf>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**. Voto Ministro Relator Eros Grau. 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**. Voto Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 454**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 463**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Recurso. Negativa. Condição de Refugiado. Carência de Pressupostos. **Processo nº. 08000.011373/2008-83**. 13 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao_cesare_batti.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 558**. Extradicação: Legalidade do Ato de Concessão de Refúgio e Natureza dos Crimes Imputados ao Extraditando – 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo558.htm#>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão Ext. 1085**. Relator Ministro Cesar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Ext+1085+%28%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORL%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORV%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORA%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2EACMS%2E%29%28PLENO%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

BRASIL. Presidência da República. **Nota à imprensa sobre asilo de Cesare Battisti**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/2010/12/31/lula-decide-nao-extraditar-o-italiano-cesare-battisti.jhtm>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática negando alvará de soltura na Ext. 1085**. Ministro Presidente Cesar Peluso, 22 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

BRITO, Alexandra Barahona de. Justiça Transicional e a política da memória : uma visão global. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. 2009.

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CÂMARA DA SILVA, Sandro Everton. **Anistia Política: conflito e conciliação no Congresso Nacional (1964-1979)**. Dissertação (Mestrado em História Política). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CASTRO, J. L. Cascajo; CID, B. Castro; TORRES, C. Gómez; LUÑO, A. E. Pérez. **Los Derechos humanos**: significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979.

CIDH. **Caso Barrios Altos**. Julgamento de 14/03/2001, série C, nº 75, parágrafo 41. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_83_esp.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2011.

CIDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 50. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 18 mar. 2011.

CIDH. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas) Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 15-19. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2011.

CINTRA, Antônio. **As comissões de verdade e reconciliação**: o caso da África do Sul/estudo consultoria legislativa. Brasília: Centro de documentação e informação coordenação de biblioteca, 2001.

COMPARATO, Fábio Conder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CPDOC. Dicionário historiográfico-brasileiro. Verbete: Emílio Garrastazu Médici. Disponível em: <<http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx>>. Acesso em: 1 set. 2010.

_____. Verbete: Antônio Delfim Neto. Disponível em: <[http://www.fgv.br/CPDOC/ BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx](http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx)>. Acesso em: 1 set. 2010.

_____. Verbete: Golbery Couto e Silva. Disponível em: <[http://www.fgv.br/CPDOC/ BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx](http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx)>. Acesso em: 1 set. 2010.

_____. Verbete: Ulisses Guimarães. Disponível em: <[http://www.fgv.br/CPDOC/ BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx](http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx)>. Acesso em: 1 set. 2010.

_____. Verbete: Armando Falcão. Disponível em: <[http://www.fgv.br/CPDOC/ BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx](http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx)>. Acesso em: 1 set. 2010.

_____. Verbete: Silvio Frota. Disponível em: <[http://www.fgv.br/CPDOC/ BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx](http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx)>. Acesso em: 1 set. 2010.

_____. Verbete: Ednardo D'Ávila Mello. Disponível em: <[http://www.fgv.br/CPDOC/ BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx](http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx)>. Acesso em: 1 set. 2010.

_____. Verbete: João Baptista Figueiredo. Disponível em: <[http://www.fgv.br/CPDOC/ BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx](http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/Busca/BuscaConsultar.aspx)>. Acesso em: 1 set. 2010.

CUEVA, Eduardo González. Perspectivas teóricas sobre la justiciatransicional. In: **Seminario “Peru 1980-2000:El reto de la verdade y la justicia.”**Lima: Asociación Pro Derechos Humanos y la Cordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2001.

D’ALESSIO, Andrés. **Los Delitos de Lesa Humanidad**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento**. 9. ed. Salvador: Jus Podium, 2008.

DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil II: Direito Probatório cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: Juspodium, 2008.

DIDIER, Fredie. **Ações Constitucionais**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2007.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua Criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DINIZ, Eli. Uma perspectiva analítica para a reforma do Estado. In: **Revista Lua Nova**, n. 45. Rio de Janeiro: CEDEC, 1998.

FALCÃO, Armando. **Tudo a declarar**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

FARIA, Tales; FÉLIX, Jorge. **Poder on line**. Disponível em: <<http://colunistas.ig.com.br/poderonline/2010/09/22/o-que-e-o-salto-triplo-carpado-hermeneutico-do-presidente-stf-cezar-peluso/>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

FARIAS, Cristiano C. **Direito civil: teoria geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FÁVERO, Eugênia A. G. Crimes da Ditadura: iniciativas do Ministério Público Federal em São Paulo. In: **Direito à Memória e verdade: a justiça de transição no Estado democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERREIRA, Kelen M. M. Acesso à Justiça para as vítimas de Violações de Direitos Humanos pela Ditadura Militar: a experiência da comissão de anistia do ministério da justiça. In: **V Encontro anual da ANDHEP - Direitos Humanos, Democracia e Diversidade**. 17 a 19 de setembro de 2009, UFPA, Belém (PA).

FERREIRA, José Ignacio. **Anistia: caminho e solução**. Vitória: Janc, 1979.

FROTA, Sylvio. **Ideais traídos: a mais grave crise dos governos militares narrados por um de seus protagonistas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

FONSECA, Ricardo; SEELANDER, Airton (Orgs.). **História do Direito em Perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2009.

GRAEL, Coronel Dickson. **Aventura, corrupção e terrorismo: à sombra da impunidade**. Petrópolis: Vozes, 1985.

GASPARI, Elio. **A Ditadura derrotada**. São Paulo: Cia das Letras, 2003.

GASPARI, Elio. **A Ditadura encurralada**. São Paulo: Cia das Letras, 2003.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Cia das Letras, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GREIFF Pablo. The Role of Reparations in Transitions to Democracy. In: **Justice and the world economy**. Achieving Global Justice Seminar Series. Estados Unidos, Nova York: International Center for Transitional Justice, 2004.

GONZÁLEZ, Eduardo C. Tendencias en la Búsqueda de la Verdad. In: **Anuario de Derechos Humanos 2007**. Santiago: Universidad de Chile, 2007. Disponível em: <<http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/anuarios/>>. Acesso em: 4 fev. 2011.

GONZÁLEZ, Eduardo C. **El legado de la verdad**. Lima: ICTJ, 2006.

HOBBSAWN, Eric. **A Era dos extremos**: o breve século XX (1914-1991). São Paulo: Cia da Letras, 2006.

JORDÃO, Fernando Pacheco. **Dossiê Hersog**: prisão, tortura e morte no Brasil. São Paulo: Global, 1979.

KLEIN, Lúcia. **Brasil pós-64: a nova ordem legal e a redefinição das bases de legitimidade**. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1978.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C. **Curso de Processo Civil, Volume 3: Execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luis Guilherme. **Curso de Processo Civil, Volume 4: Processo Cautelar/Luis Guilherme Marinone, Sérgio Cruz Arenhart**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARX, Ivan Cláudio. De *Barrios Altos* à Guerrilha do Araguaia: A possível condenação do Estado brasileiro. In: **Revista Internacional de Direito e Cidadania**. n. 5. out. 2009.

MELLO, Celso Antonio B. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio B. **Parecer na extradição 1085**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/casos/cesarebattisti/pareceres/parecer_celso_antonio_bandeira_de_mello.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2011.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**. A anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Fapesp, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo II**. Coimbra: Coimbra, 2007.

MONTEIRO, Adalberto. **Mais de 30 anos depois a guerrilha continua a vicejar**. Guerrilha do Araguaia: uma epopeia pela Liberdade. 4. ed. São Paulo: Anita Garibaldi, 2005.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos Gregos ao Pós-Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÜLLER, Angélica. **A resistência do Movimento Estudantil brasileiro contra o regime ditatorial e o retorno da UNE à cena pública (1969-1979)**. Tese (Doutorado em História Social) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

NASCIMENTO, Durbens Martins. **A Guerrilha do Araguaia: Paulistas e militares na Amazônia**. Dissertação (Mestrado Internacional em Planejamento do Desenvolvimento) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2000.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

PEIXOTO, João Batista. **Conquistas de uma década: radiografia socioeconômica do Brasil revolucionário**. Rio de Janeiro: Nova Arte, 1975.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIRES, Paulo Abrão Junior. et al. As caravanas da anistia: um mecanismo privilegiado da justiça de transição brasileira. In: **II IDEJUST**. São Paulo, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**: análise de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSENFELD, KathrinH. **Sófocles e Antígona**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

SILVA, Hélio. **O Poder Militar**. Porto Alegre: LPM, 1984.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil**: de Castelo a Tancredo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SOARES, Inês Virginia; KISHI, Sandra. **Memória e verdade**: a Justiça de Transição no Estado democrático brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2009.

SOARES, Luiz Eduardo. et al. **Elite da Tropa 2**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

SOUZA, Percival de. **Autópsia do medo**. Rio de Janeiro: Globo, 1999.

STRECK, Lenio Luis; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni de; LIMA, Martonio. **A nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: mutação constitucional e limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912>. Acesso em: 17 abr. 2011.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**: Lei 9868/99 e Lei 9882/99. São Paulo: Saraiva, 2001.

TIBURCIO, Carmem. **A extradição de Battisti e o Direito Internacional**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/casos/cesarebattisti/artigos/extradicao_de_battisti.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2011.

TRINDADE, Cançado. **Voto em separado da sentença da CIDH do Caso Castillo Páez Vs. Peru**. CIDH, 1997. p.4. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_24_esp.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2011.

TRINDADE, Cançado. Voto em separado. In: **CIDH, caso La Canuta vs. Peru**, Julgamento de 29 de novembro de 2006: (Fondo, Reparaciones y Costas), série C. p.148. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2011.

USTRA, Carlos Alberto B. **A verdade sufocada**: uma história que a esquerda não quer que o Brasil a conheça. 6. ed. Brasília: Ser, 2007.

VARSKY, Carolina; FILIPPINI, Leonardo. Desarrollos recientes de las instituciones de la Justicia de transición em Argentina. In: **Nueva Doctrina Penal, 2005/A**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

VELOSO, Kléber Oliveira. **Brasil: o viés extraditório**. Goiânia: Edição do Autor, 2004.

VENTURA, Zuenir. **1968: o ano que não terminou**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

VITOLLO, Alfredo. **Emergências Constitucionales II – Amnistía** – Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. Raúl. **Hacia dónde va el poder punitivo**. Medellín: Universidad de Medellín, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Notas sobre el fundamento de La imprescriptibilidad de los crimines de lesa humanidad. In: **Nueva Doctrina Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

ARTIGOS EM PERIÓDICOS:

A anistia de 79. **Revista Veja**, São Paulo, 27 jun. 1979. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

ARBEX, José Jr. Lula Recua e dá mais Fôlego à ofensiva da Direita. **Revista Caros Amigos**, São Paulo. ano 13, n. 155, fev. 2010.

BOLSONARO, Jair. Entrevista. **Revista Caros Amigos**, São Paulo, ano 12, n. 138, 2008.

CHAVES, Marival Dias. Autópsia da Sombra, entrevista. **Revista Veja**, São Paulo. 15 nov. 1992. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/arquivo_veja/capa_18111992.shtml>. Acesso em: 22 set. 2010.

FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 ago 2008.

Os riscos do recesso. **Revista Veja**, São Paulo, 6 abr. 1977. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 1 out. 2010. p. 20.

O terrorismo morreu com Mariguella? **Revista Veja**, São Paulo, 12 nov 1969. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx?edicao=1&pg=20>>. Acesso em: 1 out. 2010.

RODRIGUES, Alan. História Macabra. **Revista Isto É**, São Paulo, n. 1626, 24 nov. 2000. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/43147_HISTORIA+MACABRA?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage>. Acesso em: 9 de março de 2011.

QUINTANA, Mario. O espelho. **Jornal da Poesia**. Disponível em: <<http://www.jornaldepoesia.jor.br/quinta.html#espelho>>. Acesso em: 13 abr. 2011.

SOUZA, Percival de. O porão de Fleury. **Revista Época**, São Paulo, edição 52, 17 maio 1999. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/edic/19990517/index.htm>>. Acesso em: 9 de março de 2011.

VALENTE, Rubens; ODILLA, Fernanda. Ministro repreendido por Dilma foi de brigada que lutou no Araguaia. **Folha on Line**, São Paulo, 7 nov. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/856169-ministro-repreendido-por-dilma-foi-de-brigada-que-lutou-no-araguaia.shtml>>. Acesso em: 10 fev. 2011.