

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

JANE GRACE DE AZEVEDO

A REVISÃO DA LEI DE ANISTIA E A EFICÁCIA DO DIREITO
INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

OSASCO

2013

JANE GRACE DE AZEVEDO

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

JANE GRACE DE AZEVEDO

**A REVISÃO DA LEI DE ANISTIA E A EFICÁCIA DO DIREITO
INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

OSASCO
2013

JANE GRACE DE AZEVEDO

**A REVISÃO DA LEI DE ANISTIA E A EFICÁCIA DO DIREITO
INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO - Centro Universitário FIEO, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração "Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos" inserido na linha de pesquisa "Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material", sob a orientação da Prof^a Dr^a Margareth Anne Leister.

**OSASCO
2013**

FICHA CATALOGRÁFICA

AZEVEDO, Jane Grace de.

A REVISÃO DA LEI DE ANISTIA E A EFICÁCIA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS / Jane Grace de Azevedo, Orientação Dra. Margareth Anne Leister. – Osasco, UNIFIEO: 2013. 125 p.

Dissertação (Mestrado), Direito – Centro Universitário FIEO.

1. Direito Internacional Público. 2. Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3. Revisão Legal. 4. Anistia Política.

Autorizo a impressão parcial ou total do meu trabalho acadêmico para fins de divulgação científica.

Osasco, 11 de novembro de 2013.

Jane Grace de Azevedo

TERMO DE APROVAÇÃO

**A REVISÃO DA LEI DE ANISTIA E A EFICÁCIA DO DIREITO INTERNACIONAL
DOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito do Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO.

JANE GRACE DE AZEVEDO

BANCA EXAMINADORA

Data da Apresentação ____/____/2013

Orientadora: Professora Doutora MARGARETH ANNE LEISTER
UNIFIEO

Professora Doutora MÁRCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM
UNIFIEO

Professora Doutora CLAUDIA POMPEU TOREZAN ANDREUCCI
PUC

Conceito Final: _____

DECLARAÇÃO DE ÉTICA E RESPEITO AOS DIREITOS AUTORAIS

Declaro para os devidos fins que a pesquisa foi por mim elaborada e que não há, nesta dissertação, cópias de publicações de trechos de títulos de outros autores sem a respectiva citação, nos moldes da NRB 10.520 de agosto/2002.

Jane Grace de Azevedo
RG nº 22.587.531-7

DEDICATÓRIA

Para os meus pais Valdemar (in memorian) e Laura (in memorian), sem os quais a página estaria em branco, e aos meus irmãos, sem a qual a vida seria cinza.

AGRADECIMENTOS

Imprescindível agradecer a professora Margareth Anne Leister, atenciosa orientadora da dissertação, cujo tom de voz ao tratar dos direitos humanos, na minha concepção, seria suficiente para selar tratados de paz arredor do mundo. Impossível assistir suas aulas, sem ser profundamente contagiado pela paixão ao discurso e prática dos direitos humanos.

Aos funcionários da biblioteca do Campus Narciso da instituição e a equipe da Secretaria pelo comprometimento e prestatividade para com os discentes.

A todos os amigos, que facilitam as caminhadas, principalmente aos meus amigos do Mestrado, em especial, a minha sobrinha e colega do curso de Mestrado Naiara Silveira Azevedo e, as minhas amigas Dagmar Fidelis, Elisaide Trevisan, Luciana Ferreira Lima, Samantha Dufner e Ursula Spisso.

*O esquecimento mata as injúrias.
A vingança multiplica-as.*

Benjamim Franklin

RESUMO

O presente trabalho analisa as disposições do Direito Internacional Público em face das iniciativas para a revisão da lei que concedeu anistia política no Brasil, Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979. As propostas, sobretudo por pessoas ou representantes que sofreram a repressão aplicada pela ditadura militar, entre 1964 e 1985, visam aplicar conceitos internacionalmente consagrados, relativos a direitos humanos que consideram imprescritíveis os crimes tais como tortura, homicídio e terrorismo, mesmo que tenham sido cometidos em conformidade com a ordem jurídica vigente. O trabalho além de abordar os princípios do Direito Internacional Público que determinam as relações entre Estados nas questões de proteção dos direitos humanos, também faz uma breve análise da eficácia das decisões internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Sobretudo a recepção pela Constituição Federal da Lei de Anistia e o questionamento que se faz da aplicação dos princípios constitucionais da imprescritibilidade dos crimes de tortura cometidos por agentes do Estado em contraponto com as disposições de anistia ampla geral e irrestrita da lei que lhe é anterior, na qual são analisadas as opiniões de juristas e renomados doutrinadores sobre as questões mencionadas sobre a jurisdicionalização dos Direitos Fundamentais.

Palavras chaves: Direito Internacional Público. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Revisão Legal. Anistia Política.

ABSTRACT

The present work that examines the provisions of public international law in the face of efforts to revise the law that granted amnesty in Brazil, Law n. 6683 to August 28, 1979. The proposals, especially by people who have suffered or representatives literally skin effects of repression applied by the military dictatorship between 1964 and 1985, are intended to implement internationally recognized concepts relating to human rights consider imprescriptible crimes such as torture, murder and terrorism, even if they were committed in accordance with the laws in force. The work in addition to addressing the principles of public international law to determine the relations between states on issues of human rights protection also makes a brief analysis of the effectiveness of international decisions in the Brazilian legal system. Especially the reception by the Constitution of the Amnesty Law and questioning that makes the application of constitutional principles of imprescriptible crimes of torture committed by agents of the State, against the provisions of general and unrestricted broad amnesty law that it precedes. This is an essay compilation, which analyzes the opinions of legal experts and renowned scholars on the issues mentioned at the end and made the final remarks of the author with the presentation of different points of view.

Keywords: Public International Law. International Law of Human Rights. Statutory. Amnesty Policy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI – Anistia Internacional

CCT – Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

CEDAW – Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Convenção sobre todas as formas de Discriminação contra a Mulher)

CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CICV – Comitê Internacional da Cruz Vermelha

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIEDR – Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial

CIPDTM – Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Suas Famílias.

CODI – Centro de Operações de Defesa Interna – Exército Brasileiro

CRC – Convention on the Rights of the Child (Convenção sobre os Direitos da Criança)

DOI – Destacamento de Operações e Informações – Exército Brasileiro

HRW – Human Right Watch

IAHRS – Inter American Human Rights System (Sistema Interamericano de Direitos Humanos).

LSN – Lei de Segurança Nacional

OBAN – Operação Bandeirante

OEA – Organização dos Estados Americanos

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONG – Organização Não Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

OSCE – Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa

OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte

OUA – Organização da Unidade Africana

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

UE – União Europeia

UNICE – Fundo das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 CRIMES POLÍTICOS E AS RELAÇÕES ENTRE OS ESTADOS	19
1.1 Antecedentes Históricos	19
1.2 Definição de Crime Político.....	21
1.3 O Terrorismo e Entes Não Estatais	23
2 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O <i>JUS COGENS</i>	31
2.1 O Estado de Direito	31
2.2 Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	33
2.3 Sistema Internacional de Direitos Humanos	38
2.4 Sistemas Regionais de Direitos Humanos.....	40
2.4.1 <i>Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos</i>	45
2.4.2 <i>Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos</i>	47
2.5 Regras de <i>Jus Cogens</i> na Política Internacional	50
2.6 Os Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	55
3 ANISTIA E DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	61
3.1 O Abrandamento da Doutrina de Segurança Nacional	66
3.2 A Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979	67
3.3 Os Conflitos de Interesses Entre Repressores e Reprimidos	69
3.4 Anistia Política e Direitos Humanos	71
3.5 Disposições Internacionais Sobre Anistia e Direitos Humanos	71
3.6 Dualidade entre Anistia e Proteção aos Direitos Humanos.....	73
3.7 Conflitos da Nova Ordem Jurídica.....	75
3.7.1 <i>Na Argentina</i>	77
3.7.2 <i>No Chile</i>	80
3.7.3 <i>No Peru</i>	83
4 A EFICÁCIA DAS DECISÕES INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO ..	90
4.1 A Eficácia das Decisões Internacionais no Direito Brasileiro	90
4.2 A Lei de Anistia Brasileira em Face das Normas Internacionais.....	94
4.3 As Tentativas de Revisão de Lei de Anistia.....	99
CONCLUSÃO	117
REFERÊNCIAS	121

INTRODUÇÃO

As infrações penais, cometidas em nome da política ou em decorrência dela, tiveram diferentes formas de tratamento pelo Estado.

Os crimes políticos, nestes primeiros anos, eram majoritariamente ligados a questões eleitorais ou de corrupção, não havendo registros significativos de confrontos entre as forças do governo e dissidentes que se utilizavam da luta armada para conseguir seus intentos.

Durante o período de ditadura militar no Brasil entre 1964 e 1985, o país passou por diversos processos de transição política nos quais foi alinhavada a reconstrução das bases democráticas, passando pela anistia política, dentro de um processo de abertura conduzida pelo próprio governo dos generais e que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Esta por sua vez, já nasceu numa fase democrática e participativa e trouxe em seu bojo a recuperação de importantes direitos expropriados pelo próprio regime de exceção até então vigente.

Naquele cenário de constante mudança política alguns marcos cabe serem destacado no processo de redemocratização do país. A lei que anistiou os políticos cassados e demais dissidentes do regime em 1979 foi um destes marcos, assim como o retorno do voto direto e a eleição do primeiro presidente civil após a série de generais que ocorreu em 1989. Também a nova constituição brasileira de 1988 que nasceu cinco anos após o movimento das Diretas-Já de 1984 e possibilitou aos brasileiros finalmente elegerem seu presidente, experimentando assim os ventos da democracia.

Nos primeiros dias após a tão almejada eleição surgiram apressados para dizer que depois daquele importante pleito, o Brasil havia sido conduzido de volta à plena democracia, visão um tanto precipitada e sem dúvida, equivocada, pois tal entendimento pode ser facilmente questionado se forem verificados os problemas sociais que permaneceram e que ainda hoje existem, impedindo assim a concretização das conquistas obtidas e a efetiva aplicação dos direitos e garantias individuais que afloraram com os novos tempos de liberdade.

Se por um lado houve uma notória mudança no cenário político institucional do Brasil pós-abertura, por outro não há o que se falar em democracia plena, segundo a qual a referida forma de governo pressupõe uma convivência harmônica

entre a liberdade política e a igualdade social. Tal convivência ainda está longe de ser alcançada no Brasil e ainda vem sendo almejada e discutida pelos governantes e pela sociedade brasileira.

Como em todos os momentos de transição de poder, a passagem do regime fechado dos militares para a abertura do período democrático depois das eleições diretas nunca foi um processo tranquilo e segundo diversos entendimentos, nem sequer foi ainda completada, ocupando de forma recorrente espaço nas discussões atuais e no dia-a-dia atual dos brasileiros.

É notório que a ainda novel democracia nacional ainda se ressinta de certa dependência de um passado oligárquico, o que indica a necessidade de uma ampla reflexão sobre as questões tais como: o poder, a participação popular e a cidadania, entre outras, além de uma urgente revisão jurídico-institucional para sua plena consolidação.

As inegáveis conquistas obtidas a partir da Constituição Federal de 1988 não se consolidarão se não atingirem um patamar compatível com os ideais de democracia plena e justiça social por todos almejada. Elas não foram suficientes por si só para transformar a realidade social e alçar o país em termos reais à condição de uma democracia plena. Nem mesmo os significativos avanços expressos no Artigo 5º da norma constitucional foram aceitáveis para modificar a condição de fato dos brasileiros, transformando-os por força de mera norma jurídica em cidadãos com acesso a um justo e eficiente salário, moradia, assistência hospitalar, educação, lazer e segurança pública e outras coisas.

Sendo assim, numa visão política da democracia, verifica-se que qualquer transição política deve ser dinâmica e está sujeita a sofrer alterações e mudanças de rumo em praticamente tudo que a ela se refere, não ficando restrita apenas ao objetivismo das normas jurídicas nem aos grilhões das regras constitucionais.

Um exemplo do caráter de dinamismo que deve haver na busca pela democracia está no fato de que após quase trinta anos do final da ditadura, verifica-se ainda que a democracia brasileira carece de ajustes, embora continue trilhando um caminho para uma sociedade igualitária e mais justa.

Na última fase do governo militar brasileiro pós-golpe de 1964, outra das pedras de toque da transição do totalitarismo daquele regime, para a democracia dos dias atuais foi sem dúvida a concessão de anistia política para todos aqueles

que, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 cometeram crimes políticos ou conexos com estes.

A Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979, conhecida como lei da anistia estabeleceu logo em seu primeiro artigo o perdão irrestrito às pessoas que consideradas criminosos políticos, incluindo servidores da Administração Direta e Indireta e os militares que integravam os órgãos oficiais de repressão.

Embora possa se considerar que o legislador indique evidentemente o desejo de remir todos criminosos motivados pela política, assim como os decorrentes dos embates eleitorais no período designado, promovendo assim uma ampla geral e irrestrita abertura política houve desde o início o questionamento da interpretação das disposições da referida norma jurídica, questionada de forma recorrente, sobretudo por aqueles que tiveram seus direitos políticos suspensos durante a ditadura e que sofreram os efeitos da repressão estatal. Fundamentam em geral seus argumentos no fato de que durante a denominada ditadura militar; a despeito de um reconhecido desenvolvimento econômico e social, ocorreram abomináveis atentados à liberdade de expressão e outras violações aos direitos fundamentais que devem ser considerados imprescritíveis.

O mais recente destes questionamentos deu-se em 2012, quando políticos brasileiros eleitos democraticamente pleitearam uma revisão da lei de anistia com a mudança do entendimento de que os crimes cometidos por agentes públicos contra pessoas que combateram a ditadura militar fossem considerados como conexos aos crimes políticos.

O tema foi devidamente debatido pelo Supremo Tribunal Federal e embora o resultado inicial do questionamento tenha sido pela manutenção da posição de que os crimes praticados por agentes públicos sejam também anistiados, o assunto ainda está longe de ser pacificado, sobretudo em face de conhecida posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos contrária a tal entendimento e que indica que o Brasil tem o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, independente de sua legislação pátria.

Após recente decisão da Corte Suprema brasileira sobre o assunto, estabeleceu-se uma polêmica entre o dispositivo legal nacional que trazia consigo a vontade implícita do legislador de aplicar uma anistia ampla, geral e irrestrita e normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

O presente trabalho trata de uma breve análise desta polêmica caracterizada por grande viés ideológico e procura fazer uma avaliação dos argumentos legais favoráveis e contrários a uma e a outra posição. As hipóteses formuladas buscarão responder se a revisão da lei proposta poderá basear-se em disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos e se com isto haverá risco para a segurança jurídica, uma vez que haverá consequências inquestionáveis em relação às partes envolvidas.

O trabalho consiste na compilação do pensamento de vários autores sobre o tema e foi dividido em quatro capítulos para melhor contextualizar o assunto, antepor às ideias e harmonizar os pontos de vistas em relação à eficácia do direito internacional dos direitos humanos, foi dividido em quatro capítulos, a saber:

No primeiro capítulo será analisada a questão dos crimes políticos e as relações entre estados, desde os antecedentes históricos e a definição de crime político até a doutrina de segurança nacional e a criminalidade política no Brasil durante o governo militar para contextualizar o problema aqui apresentado que é o questionamento da anistia política a este tipo de crime.

No segundo capítulo será feito um breve apanhado sobre as disposições do direito internacional dos direitos humanos e sua vigência supranacional, analisando as estruturas que existem na organização das nações unidas para a proteção e salvaguarda dos direitos humanos, também serão avaliados as regras de "*jus cogens*" da política internacional e como estas se aplicam no ordenamento jurídico do Brasil.

No terceiro capítulo será estudada a lei de anistia brasileira propriamente dita e seus efeitos, iniciando pelo abrandamento da doutrina de segurança nacional e os conflitos de interesses entre repressores e reprimidos, redundando nas tentativas atuais de revisão da lei de anistia e os conflitos na nova ordem jurídica na Argentina, Chile e Peru.

No quarto capítulo será objeto de um estudo das decisões internacionais no ordenamento jurídico do Brasil e como estas disposições internacionais são aplicadas em termos de anistia e direitos humanos. Quais são os limites das decisões internacionais e qual é a eficácia das decisões da corte interamericana no direito brasileiro. Neste capítulo também será estudada sob a ótica republicana e democrática, considerando ainda as obrigações internacionais do Estado brasileiro em matéria de direitos humanos, implementar os mecanismos da justiça de transição

é condição para romper com uma injustiça permanente e continuada, que compromete e debilita a construção democrática. Endossa-se a obrigação jurídica internacional do Estado brasileiro decorrente dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, de investigar e punir graves violações a direitos humanos.

Finalmente, serão feitas considerações sobre as diversas posições sobre o tema e as conclusões sobre as hipóteses levantadas para solucionar o problema apresentado.

1 CRIMES POLÍTICOS E AS RELAÇÕES ENTRE OS ESTADOS

Historicamente o entendimento do que venha a ser crime político e sua aplicação concreta no Direito nunca foi uma seara tranquila, considerando o ambiente juridicamente incerto em que comumente ocorrem os conflitos de interesses que envolvem, bem como o inevitável viés ideológico em que geralmente se verificam, além de eventual inserção no âmbito das relações e entre Estados soberanos. Sendo assim, com base nesta complexidade que envolve diversos campos de conhecimento, neste trabalho, o conceito de crime político e a problemática da soberania entre Estados procurará se pautar pela doutrina majoritária e pela hermenêutica adequada aos moldes do Estado Democrático de Direito, tendo como pedra de toque o pensamento da cientista política e filósofa Hannah Arendt.¹

Além das reflexões da renomada filósofa citada, cujo processo de construção de uma nova interpretação jurídica se inicia no princípio da não contradição, segue pela ontologia funcional e se dirige à efetivação das garantias dos Direitos Humanos Fundamentais, também serão consideradas as importantes contribuições da dogmática jurídica, especialmente no que se refere ao tratamento de conflitos entre normas de Direito Internacional.

1.1 Antecedentes Históricos

A definição de crime político é de início uma das grandes dúvidas a serem esclarecidas ao longo da história, sem contar as inúmeras interpretações e entendimento que esta difícil área do Direito Penal sucinta. Alguns crimes eivados como políticos recebem tal pecha por buscarem a alteração da ordem estatal, embora tal assertiva nem sempre seja juridicamente comprovável e são também frequentes outros questionamentos acerca de quais crimes podem ser aceitos como

¹ ARENDT, Hannah. (1906-1975). Reconhecida como uma das mais influentes filósofas e cientistas políticas do século XX. Nasceu em uma família judaico-alemã, foi forçada a deixar a Alemanha em 1933 e viveu em Paris durante oito anos, trabalhando para uma série de organizações de refugiados judeus. Em 1941 imigrou para os Estados Unidos e logo passou a fazer parte de um círculo intelectual animada em Nova York. Suas ideias e reflexões sobre a condição humana tiveram a partir de então influencia em todo o mundo.

tal para justificar o uso legítimo da violência ou mesmo de qual enquadramento prepondera, o da criminalidade comum ou da criminalidade política, constituindo-se assim alguns dos muitos pontos que, mesmo em abstrato, causam intermináveis dúvidas.

O fato é que, mesmo considerando como políticos apenas aqueles crimes que venham a lesar a soberania, a integridade, a estrutura institucional ou o regime político de um país, ainda não existe uma definição universalmente aceita.

Ao examinar a doutrina jurídica podem ser encontradas várias concepções sobre o referido crime. De acordo com Lauro Joppert Swensson Junior², crimes políticos são os cometidos contra a polis, ou crimes contra os interesses da organização constitucional do Estado. Já Julio Fabbrini Mirabete³ define como crimes políticos os que lesam ou põe em perigo a própria segurança interna ou externa do Estado.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo e Dalmo de Abreu Dallari em respeitável fundamentação da arguição de descumprimento de preceito constitucional impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil⁴, o crime político é aquele praticado contra os bens jurídicos essenciais à ordem constitucional, como a ordem político social, a soberania do Estado, sua estrutura organizacional que, concomitantemente, seja motivado por ideais políticos, tenha o intento de revolucionar a organização pública.

A doutrina ainda sinaliza, que os crimes que envolvam de forma geral conceitual o Direito Internacional, atos ou omissões que prejudicam o interesse da segurança nacional de um determinado país em determinado tempo histórico, seja esse de natureza interna ou externa, esse princípio está presente em todas as Constituições brasileiras desde 1824 como da maioria dos Países, sendo essa a Segurança: do Estado, do governo ou do sistema político vigente no tempo histórico. Princípio respeitado pela própria Organização das Nações Unidas (ONU), como o foi em organizações internacionais que se fizeram presentes antes da Organização das Nações Unidas.

² SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Anistia Penal Problemas da Validade da Lei de Anistia Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2008.

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, de 28 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 jul. de 2013.

1.2 Definição de Crime Político

Num exame mais apurado do ordenamento jurídico do Brasil, pode ser constatado que ainda não existe uma definição legal para os crimes políticos⁵, o que se constitui de uma lacuna jurídica, muitas vezes crucial para o deslinde dos processos, sobretudo na área penal. Tal lacuna impõe que a conceituação de crime político fique a cargo da jurisprudência e mais especificamente, no caso brasileiro do Supremo Tribunal Federal, o qual tem por força da Constituição a última palavra sobre a caracterização do ilícito penal eivado com a pecha de político.

Considerando que é do STF a competência originária para apreciar extradições passivas, nas quais, por muitas vezes, aparecem questões ligadas à criminalidade política, evidentemente também caberá a Suprema Corte conceituá-lo. As questões relacionadas ao tema tornaram-se mais frequentes à medida que o processo democrático avançou e muitas posições do poder antes inatingíveis, passaram a ser questionadas e amplamente discutidas. Surgiram assim, diversos julgamentos que movimentaram muito o meio acadêmico e a sociedade civil, gerando intensos e acirrados debates, muitas vezes com posições diametralmente antagônicas.

Embora do ponto de vista apenas doutrinário o crime político possa ser considerado aquele cometido, contra a ordem estatal, sua aplicação concreta não é tão simples. O límpido conceito de que tal crime seria aquele que visa a modificar tal ordem não tem um fácil enquadramento na complexidade dos casos concretos. Questionamentos acerca de quais crimes podem ser aceitos nessa definição, de qual é o uso legítimo da violência ou mesmo de qual enquadramento prepondera, o da criminalidade comum ou da criminalidade política, são alguns dos muitos pontos que, mesmo em abstrato causam frequentes dúvidas.

O Direito Internacional e parte da doutrina o classificam como próprio ou impróprio, dependendo das circunstâncias de sua consumação. O crime político próprio, relacionado à opinião ou manifestação pública desta, como no exemplo de um discurso que venha ameaçar à ordem institucional ou ao sistema vigente. Estes

⁵ DA SILVA, Ivan Candido. **A Construção do conceito de crime político no STF na nova ordem constitucional: mudanças de entendimento nos Casos Battisti e Lei de Anistia?** São Paulo: SBDP, 2010.

crimes somente lesam ou põe em risco a organização política. Já o crime político impróprio, ofende outros interesses e estão relacionados a algum crime comum conexo ao delito político. Assim, um crime político impróprio atinge outros bens do Estado ou individuais, como no exemplo de um roubo a banco cuja finalidade seja angariar fundos para uma causa política ou grupo com este fim.

Existe porém, corrente doutrinária divergente que faz a distinção entre "crime" político previsto no rol dos Direitos Fundamentais (art. 5º, LII, Constituição brasileira) do crime político disposto na Lei de Segurança Nacional [2]. Para Gustavo Pamplona⁶, de acordo com esta linha o "crime" político presente na Constituição e que impede a extradição não pode ser interpretado como crime motivado por razões políticas. Segundo o mesmo autor a leitura é autocontraditória em face aos princípios constitucionais: I) democracia - que significa realizar a política sem o uso da violência, isto é, sem crime; entretanto, em sentido contrário, pela mobilização, persuasão etc. e II) de direito. Assim sendo, o "crime" político do art. 5º, LII, deve ser interpretado como criminalização do agir político pacífico, ou seja, o "criminoso" político seria o agente político perseguido como se criminoso fosse por um governo autoritário.

Sobre isso ainda diz Cláudio Heleno Fragoso,

O crime político é o que atinge os interesses políticos da nação, ou seja, a segurança externa e a segurança interna, que, por vezes, se mesclam e se confundem, e a ordem econômica e social do Estado⁷.

Além de definir que esses alvos são os típicos do crime político, pontua que "(...) não se pode jamais descuidar do critério subjetivo, pois, em realidade, é este aspecto o que com mais rigor define o crime político como tal".⁸

O mesmo autor ainda conclui que o conceito de crime político deve requerer uma revalorização dos princípios filosóficos do Iluminismo, especialmente, a "legitimidade de resistência à tirania".

⁶ PAMPLONA, Gustavo. **Crimes Políticos, Terrorismo, Extradição: nos passos de Hannah Arendt**. Disponível em: <http://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2011/12/13/crimes-politicos-terrorismo-extradicao-hannah-arendt-gustavo-pamplona-livro/>. Acesso: 02 jul. 2013.

⁷ FRAGOSO, Claudio Heleno. **Terrorismo e Criminalidade Política**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 125.

⁸ FRAGOSO, Claudio Heleno. **Terrorismo e Criminalidade Política**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 125.

1.3 O Terrorismo e Entes Não Estatais

Se procurarmos em um dicionário⁹ o significado do termo violência, encontraremos a seguinte definição: “qualidade de violento; ato violento; ato de violentar; agressão”. No entanto, sabemos que o real sentido e os efeitos que essa palavra pode causar são bem mais profundos e abrangentes que qualquer mera conceituação.

Considera-se terrorismo determinadas ações criminosas, que a partir do uso sistemático do terror e da violência física ou psicológica praticados contra determinada sociedade, têm por objetivo afetar, enfraquecer ou desestabilizar regimes políticos, religiosos ou étnicos, tornando-os mais vulneráveis e instáveis.

Para Valério de Oliveira Mazzuoli:

Por terrorismo se entendem os atos violentos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, praticados de surpresa e geradores de terror, contra pessoas inocentes ou alvos normalmente sem interesse militar, voltados à demonstração de insatisfação para com os poderes constituídos, a fim de modificar ou substituir por outro o regime político existente. Pode também ser praticado para chamar a atenção da opinião pública sobre determinado ponto de interesse ou, ainda, para manter um regime (normalmente antidemocrático) vigente em determinado Estado e em vias de ser alterado. Trata-se de uma forma extrema de ação política, normalmente ligada a conflitos regionais, em que se busca o avanço de uma determinada causa e o restabelecimento do equilíbrio perdido no quadro do conflito em que se insere.¹⁰

O uso do terror para a consecução de fins políticos faz parte da história da sociedade internacional. Países e grupos utilizam o terror desde a antiguidade com o intuito de influenciar decisões políticas mundiais e nacionais. O terrorismo se tornou um mal a todo o planeta, deixando de ser um simples movimento revolucionário ou de libertação para ser revelar como um nefasto fato mais que criminoso.

Para Claudio Heleno Fragoso:

O terrorismo constitui, sem dúvida, um dos fenômenos mais inquietantes de nosso tempo, desafiando os governantes e conduzindo os juristas à perplexidade”. Contemplamos estarecidos o desenvolvimento de atentados contra pessoas e

⁹ PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

coisas, o apoderamento ilícito de aeronaves, o sequestro de diplomatas, ocorridos em vários lugares do mundo, fatos que tem mobilizado governos e organizações internacionais na busca infrutífera de soluções repressivas.¹¹

Ao longo da história o terrorismo esteve sempre presente nas mais diferentes culturas, religiões e partes do mundo, no entanto a violência e a forma indiscriminada dos seus mais recentes atos evidenciaram uma nova configuração de suas ações no mundo.

Os atentados ocorridos nos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001, atingindo importantes alvos estratégicos em Nova Iorque e Washington, foram um marco significativo de uma nova ordem mundial, pois a ampla cobertura da mídia internacional sensibilizou a opinião pública e colocou o assunto na pauta das principais discussões internacionais.

Nesse contexto, a segurança mundial ficou abalada, pois os grupos terroristas espalharam-se e constituíram células em vários países, procurando alvos compensadores como representações diplomáticas, centros econômicos, pólos turísticos, eventos esportivos internacionais, parque de diversões, hospitais e sistemas de transportes e comunicações, entre outros que possam trazer reconhecimento para a sua causa, levando o medo e a insegurança para toda a comunidade internacional.

O que distingue fundamentalmente o terrorismo de outras formas de violência organizada não é apenas a sua severidade, mas, sobretudo, a sua amoralidade plena e o total desrespeito às legislações vigentes. Trata-se da ratificação do princípio de que os fins justificam os meios, pois na tentativa de atingir seus objetivos, as organizações terroristas repudiam qualquer comprometimento com os códigos éticos e morais vigentes no mundo civilizado, declarando-se totalmente isentas de qualquer dessas obrigações.

As suas justificativas ou motivações podem ser de cunho político, ideológico, religioso, étnico-cultural ou mera necessidade de propaganda, fato que propicia reconhecimento internacional para determinado grupo ou seita, levando a Organização das Nações Unidas (ONU) a considerá-lo como um dos principais problemas globais.

¹¹ FRAGOSO, Claudio Heleno. **Terrorismo e Criminalidade Política**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 125.

Apesar da mobilização mundial contra este fenômeno, ainda não há um consenso sobre sua definição, o que, segundo a ONU, seria crucial para que se pudessem coordenar os esforços internacionais no sentido de combater este importante crime transnacional com maior eficiência e eficácia. Portanto, recomenda-se que mesmo o Brasil não tendo a perspectiva de definir o terrorismo nos próximos anos, pelo menos envide esforços no sentido de implementar a estruturação e o emprego do Núcleo do Centro de Coordenação das Atividades de Prevenção e Combate ao Terrorismo, pois este certamente aumentará as capacidades brasileiras de combater os crimes transnacionais nas fronteiras brasileiras, os quais impactam significativamente no aumento da criminalidade das grandes cidades do país e mostrará à comunidade internacional a intenção do Brasil em se preparar adequadamente para evitar possíveis atentados terroristas em seu território

Dessa forma, o direito internacional foi obrigado a estabelecer regulamentações e regras para coibir tais delitos contra a humanidade, esbarrando logo de início na grande dificuldade de encontrar uma definição global para terrorismo. Apesar disto, diversos instrumentos jurídicos internacionais foram desenvolvidos para combatê-lo.

A primeira norma que trataria do tema foi a Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo, de 1937, elaborada ainda sob a competência da Liga das Nações. Entretanto, nunca entrou em vigor por causa do início da Segunda Guerra Mundial. Esse tratado definia o terrorismo como “ato criminoso dirigido contra um Estado com a intenção de criar um ambiente de terror nas mentes das pessoas, grupos de pessoas e do público em geral”.

Após a Segunda Guerra, com o surgimento da Guerra Fria e a divisão do mundo entre comunistas e capitalistas, diversos grupos terroristas começaram a atuar em diversos países sob o patrocínio das duas ideologias. Assim, nas décadas de 1950 e 1960 muitos atos de terrorismo foram perpetrados por grupos, especialmente sequestro de aeronaves, em toda a comunidade internacional, motivadas pelas mais diversas demandas, tais como a autodeterminação de alguns povos, a libertação de prisioneiros, a mudança de regimes políticos etc.

Em razão disto, foram criados diversos instrumentos internacionais, já sob o patrocínio da ONU, para tentar evitar que tal forma criminosa de atuação ficasse impune. Surgiu assim a Convenção de Tóquio, de 1963 (Convenção referente às Infrações e outros Atos cometidos a bordo de Aeronaves), declarando que os

Estados devem regressar aeronaves e passageiros que foram sequestrados aos Estados de origem. Em 1970 foi estabelecida a Convenção de Haia (Convenção para a Repressão e Captura Ilícita de Aeronaves) que declara a obrigação de Estados em processarem e julgarem sequestradores. Por fim, a Convenção de Montreal, (Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil), de 1971, que estende a necessidade de os Estados processarem e julgarem os sabotadores como na Convenção de Haia de 1970.

Em dezembro de 1972 a Assembleia Geral da ONU criou um comitê ad hoc para tratar do tema terrorismo. O mundo acabara de passar por um dos piores atentados da humanidade, o sequestro e assassinato de atletas israelenses nas Olimpíadas de Munique. Apesar da forte motivação, esse comitê não atingiu seus propósitos pela falta de entendimento acerca do tema na sociedade internacional.

O incremento de ações contra diplomatas e delegações diplomáticas, especialmente aquelas levadas a cabo por grupos terroristas de esquerda na América do Sul e Europa, motivaram outro tratado nas Nações Unidas. Em 1973, na cidade de Nova Iorque, é adotada pela Assembleia Geral a Convenção para Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas Internacionalmente Protegidas, incluindo Agentes Diplomáticos. Esse tratado previa cooperação internacional e extradição para os terroristas.

Em 1979 a Assembleia Geral da ONU adotou a Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns. Esse instrumento visa a garantir que os criminosos sejam processados e julgados, ou extraditados, onde quer que se situem. A ONU adotou também diversas resoluções com o intuito de combater e prever o terrorismo, como as resoluções 40/61, condenando o terrorismo; 579/1985 do Conselho de Segurança, que condena a tomada de reféns e sequestros; e 731/1992, também do Conselho de Segurança, reforçando que o terrorismo perturba a paz mundial.

Nos anos 1980 surge grande inquietação internacional sobre o problema da possibilidade de utilização de artefatos nucleares em atentados terroristas. Os Estados nucleares e os Estados não nucleares percebem que cada vez se torna mais fácil o acesso às tecnologias e aos materiais radioativos, definindo em 1980 o Tratado de Viena (Convenção sobre Proteção Física dos Materiais Nucleares), obrigando as partes a garantirem a proteção necessária aos materiais nucleares em seu território.

Também na década de 1980 foi implementada pela sociedade de nações a Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima (Roma, 1988). Este tratado obriga as partes a processarem ou extraditarem criminosos que cometam ilícitos contra esses navios.

Na década de 1990 foram confeccionados diversos diplomas legais sobre o tema, como a Convenção sobre Marcação de Explosivos Plásticos para efeitos de Detecção (Montreal, 1991), buscando a redução na utilização de explosivos sem marcação; a Convenção Internacional para a Repressão a Atentados Terroristas a Bomba (Nova Iorque, 1997), negando refúgio a criminosos que cometam atentados terroristas com explosivos; a Convenção Internacional para a Repressão e Financiamento do Terrorismo (Nova Iorque, 1999), obrigando os Estados participantes a processar ou extraditar pessoas acusadas de financiar atividade terrorista.

Porém, apesar de todos os tratados citados, foi a partir do mal fadado dia 11 de setembro de 2001 que a sociedade internacional constatou que os esforços para banir o terrorismo mundial ainda estavam longe da efetividade.

O Conselho de Segurança da ONU, então, estabeleceu a Resolução 1368 (2001), imediatamente após o atentado de Nova Iorque, condenando de forma dura esse crime e determinando que todos os Estados cooperassem para a punição dos responsáveis. Nesse sentido também foi estabelecida a Resolução n.º 1.373 (2001), desse Conselho de Segurança, estabelecendo que o terrorismo internacional é também uma ameaça à paz mundial.

No continente americano, foi firmada entre os países da região a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, em junho de 2002. As nações americanas inseriram o terrorismo como uma ameaça à segurança continental e programam diversos mecanismos para o combate a essa modalidade criminosa.

Após o atentado em Nova Iorque, sem dúvida o assunto terrorismo com fins políticos ou não passou a ser discutido de forma diferente pela comunidade internacional, pois em decorrência das medidas de reação, sobretudo dos Estados Unidos para perseguir os responsáveis pelo crime provocou o questionamento sobre a validade de uma guerra justa contra um ente não estatal que era a organização Al Qaeda. Em muitas ações, os americanos utilizaram a legislação internacional de guerra e o direito de defesa armado em caso ataques para justificar conflitos

armados contra o terrorismo, mostrando que ainda há muito para se progredir, em termos de regulamentação entre os países nesta área.

Para alguns especialistas, nos anos após 11 de setembro, grupos de cunho político ou fundamentalista tais como Al Qaeda e Talibã, foram rechaçados com o uso das forças armadas dos EUA e de seus aliados e não apenas com um aparato policial, o que demonstra que foi declarada uma guerra contra entes não estatais, o que pode significar em tese uma violação das Convenções de Genebra. Tal entendimento é combatido por aqueles que entendem que atualmente os tais grupos não estatais podem possuir poder de intimidação e de força maior que de alguns Estados, incluindo o uso de armas nucleares, razão pela qual estes não devem ser tratados como simples criminosos, mas sim como terroristas com acesso a tecnologias e armas que podem comprometer toda a segurança do planeta. Caso fossem tratados como criminosos, sem a possibilidade de guerra, certamente seria impossível ou muito difícil a própria extradição e o julgamento.

A lei dos crimes hediondos, n.º 8.072, de 1990, equipara o terrorismo aos crimes hediondos prevendo mecanismos de repressão como a impossibilidade de anistia, graça e indulto; a impossibilidade de livramento sob fiança; o regime de cumprimento da pena de 2/3 para benefícios do sursis, entre outros. O terrorismo ainda é citado brevemente na Lei de Segurança Nacional, n.º 7.170, de 1983, que em seu art. 20 define como crime "praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas". A pena é prisão de 3 a 10 anos.

Apesar dessa previsão em nosso ordenamento jurídico, o terrorismo ainda não foi adequadamente tipificado ou previsto em nossa legislação penal. Falta a definição do que é o crime de terrorismo, o que impossibilita a aplicação do dispositivo constitucional e legal.

Para Heleno Fragoso esteia seu posicionamento na assertiva de que:

Não existe uma específica figura de delito denominada "terrorismo". Essa designação se aplica a diversas espécies de crimes, que se caracterizam (a) por causar dano considerável a pessoas e coisas; (b) pela criação real ou potencial de terror ou intimidação generalizada, e (c) pela finalidade político-social. Dano considerável resulta estragos e destruição, em geral decorrente do emprego de violência contra pessoas e coisas; o terror e a intimidação resultam do emprego de meios capazes de causar perigo comum (fogo, explosivos, emprego de gases

tóxicos) ou que conduzam à difusão de enfermidades (microorganismos). O terror e a intimidação também sugerem com a indiscriminação do atentado individual.¹²

Trata-se, pois, de um fenômeno multifacetado, voltado contra a ordem vigente no sentido de questionar, destruir, mudar ou, ainda, manter determinada situação, por meio da utilização de violência contra os mais diferenciados bens jurídicos penalmente tutelados, tais como vida, liberdade, propriedade, segurança comum, tranquilidade pública, ordem constitucional ou administração pública.

Infelizmente, no Brasil um atentado terrorista seria tratado ainda com tipos alternativos, como o homicídio, a lesão corporal e o dano. Destaca-se que esses crimes são voltados contra a pessoa e o patrimônio, mas o terrorismo visa à sociedade e ao Estado, atingindo esses bens jurídicos de forma grave.

A prática do terror, portanto, é diferente de tudo em nosso código penal, por isso merece mais atenção de nossos legisladores, com a confecção de uma legislação própria (material e processual). Nosso Judiciário, Ministério Público e nossa Polícia também não sabem lidar com essa forma criminosa. Devem se especializar no combate a esse fenômeno criminoso.

Investigar atos de terror provavelmente será diferente de investigar um homicídio passional, um latrocínio, uma briga ou um dano. O terrorista tem como propósito ameaçar toda a sociedade, impedindo os meios de transporte de funcionar, o comércio de abrir ou as pessoas de trabalhar. Um atentado não visa, portanto à pessoa, mas sim a um governo constituído e a sociedade civil. Deve ser tratado diferente de um crime comum, com procedimentos criminais especiais, diferentes daqueles que o Estado possui para punir um ladrão, um estelionatário ou um homicida.

Grupos que cometem atos de terror não têm medo de juízes, de promotores e da polícia. Têm capacidade de atuação muito superior à de criminosos comuns. As autoridades públicas devem estar protegidas e cobertas pelo Estado. Mecanismos processuais mais rígidos e garantias a essas pessoas devem pautar uma legislação sobre o tema. Grandes eventos se acercam em nosso país e somos um Estado sem uma legislação sobre o terrorismo e também sem operadores do direito especializados sobre o tema.

¹² FRAGOSO, Heleno. **Terrorismo e criminalidade política**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

Os atos terroristas foram previstos, no Brasil, pelo art. 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83). Em termos constitucionais, o repúdio ao terrorismo é um dos princípios pelos quais a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais (CF, art. 4º, inc. VIII). A Constituição ainda considera inafiançável e insuscetível de graça ou anistia “a prática da tortura, o tráfico de drogas, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem” (art. 5º, inc. XLIII), no mesmo sentido encontrando-se a lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), segundo a qual o terrorismo é insuscetível de anistia, indulto e fiança (art. 2º, incs. I e II, na redação que lhe deu a Lei nº 11.646/07).

2 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O *JUS COGENS*

2.1 O Estado de Direito

A figura do Estado, por ostentar envergadura ímpar enquanto objeto comum da Ciência Política, da Sociologia e do Direito, deve ser absorvida como condição prévia do exame do Estado de Direito. Pois bem, o Estado, em sua concepção clássica, se apresenta como o órgão executor da soberania nacional, composto de uma população, um território e um governo.¹³

É, por assim dizer, o Estado uma “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”, conforme lição de Dalmo de Abreu Dallari.¹⁴ Há ainda, quem entenda ser o Estado uma “sociedade de pessoas chamada ‘população’, em um determinado ‘território’, sob a autoridade de determinado ‘governo’, a fim de alcançar determinado objetivo, o ‘bem comum’”.¹⁵ O que podemos alcançar é que o referido conceito comporta de três a quatro elementos dentro da Teoria Geral do Estado.

Certo é que, o Estado de Direito remete ao Estado de leis, com uma ordem jurídica configurada para a estruturação de poder, de modo a limitar, dividir e organizar o seu exercício, tornando-se o garante da liberdade dos indivíduos e de seus direitos fundamentais.

Konrad Hesse ao traçar os fundamentos da ordem estatal jurídica assevera que:

Em sentido geral a Constituição dá, por sua ordem estatal-jurídica, ao Estado e sua eficácia, medida e forma.
[...] Além disso, o estado de direito cria, configura e garante a ordem total jurídica que, para a existência do particular como para a convivência no interior da coletividade é indispensável. O meio específico dessa ordem é a *lei*. Ela determina a situação jurídica do particular, ordena as condições de vida e coordena-as mutuamente. Nesse significa amplo, não redutível

¹³ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 22-23.

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

¹⁵ DE CICCIO, Cláudio. **Teoria geral do Estado e ciência política**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 47.

a uma demarcação da esfera individual estatal, o estado de direito é o estado de lei, a vida da coletividade ganha, pela ordem jurídica, forma e configuração.¹⁶

O Estado assim, submetido ao império do Direito, apontava esses contornos já no século XVIII, conforme preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

É ao Direito que o liberalismo, descendente direto e imediato do iluminismo, confia a tarefa de limitar, instituir e organizar o Poder, bem como de disciplinar a sua atuação, sempre resguardando-se o fundamental: a liberdade, os direitos do homem. Tal Estado submetido ao império do Direito veio a ser chamado, já no século XVIII, de Estado de Direito. Este Estado, em sua forma típica e original, caracteriza-se, primeiro, pelo reconhecimento de que o Poder é limitado por um Direito superior, que está fora do alcance de mudar.¹⁷

O que se pode observar é que cada um dos conceitos até aqui apresentados traz em si um elemento do Estado de Direito, que é aquele regulado por uma Constituição, reconhecido como “Estado de Lei”, e também como um “Estado de Direitos Fundamentais”.

Partindo desse raciocínio, o Estado de Direito é aquele vinculado à lei, e por ela definido, estando suas funções separadas por autoridades distintas, naquilo que se costumou denominar de separação dos poderes. Sendo regido por uma Lei Maior que estrutura o Estado e assegura direitos aos indivíduos, assim, podemos afirmar que o Estado de Direito nada mais é do que a sociedade e o Estado guiados pelo Direito.

Porém, Jorge Miranda faz a seguinte advertência quanto à definição do Estado de Direito:

O Estado de Direito não equivale a Estado sujeito ao Direito, porque não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado, que age segundo processos jurídicos e que realiza uma ideia de Direito, seja ela qual for. Estado de Direito só existe quando esses processos se encontram diferenciados por diversos órgãos, de harmonia com um princípio de divisão do poder, e quando o Estado aceita sua subordinação a critérios materiais que o transcendem; só existe quando se dá limitação material do poder político; e esta equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana.¹⁸

¹⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 162-163.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 196.

Para o doutrinador português, se o Estado de Direito fosse concebido apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, ele alcançaria apenas a condição de Estado de legalidade, ou Estado legislativo, já que o princípio da legalidade corresponde somente a um dos fundamentos principiológicos do Estado de Direito, não se realizando nele completamente.¹⁹

2.2 Direito Internacional dos Direitos Humanos

A Guerra Mundial de 1939 a 1945 costuma ser apresentada como a consequência da falta de solução, na conferência internacional de Versalhes, das questões suscitadas pela 1ª Guerra Mundial e, portanto, de certa forma, como a retomada das hostilidades interrompidas em 1918.²⁰

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos surgiu após a Segunda Guerra Mundial em consequência das monstruosas violações de direitos humanos praticadas pelo governo nazista de Adolf Hitler. Surgiu em razão da ideia de criação de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos, fato que motivou também o surgimento da Organização das Nações Unidas em 1945.

A Segunda Guerra Mundial foi o fato histórico impulsionador decisivo do surgimento e da consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Neste sentido, Flavia Piovesan²¹ leciona que “a internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo”.

Ainda destaca Flavia Piovesan, nesse contexto que o “esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea”. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução.

¹⁹ SILVA, José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 114.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2005.

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva 2012.

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional.

O processo de internacionalização dos direitos humanos- que, por sua vez, pressupõe a delimitação da soberania estatal – passa, assim, a ser uma importante resposta na busca da reconstrução de um novo paradigma, diante do repúdio internacional às atrocidades cometidas no holocausto.²²

Para Fábio Konder Comparato “as consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana.”²³

O Direito Internacional dos Direitos Humanos surge com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. O mundo assiste o desenvolvimento de diversos instrumentos e uma gama de tratados internacionais que vem compor um sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos. A internacionalização do tema deve-se ao caráter universal e transcendente, e precisamente para entender suas origens e seu desenvolvimento, Flavia Piovesan assevera que:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós Segunda Guerra Mundial. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional dos Direitos Humanos existisse.”²⁴

Neste sentido, Antonio Augusto Cançado Trindade afirma:

O processo de generalização da proteção dos direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção em 1948 das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos. Era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional. Para isto contribuíram de modo decisivo as

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva 2012.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2005.

²⁴ BUERGENTHAL, APUD, PIOVESAN, Flávia. **Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas**. *Política Externa*, São Paulo, v. 17, n.2, set/out/nov, 2008.

duras lições legadas pelo holocausto da segunda guerra mundial.²⁵

Para Fábio Konder Comparato “as Nações Unidas nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer, portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana.”²⁶

Fábio Konder Comparato afirma que:

As ideias germinais da ONU encontram-se na mensagem sobre o estado da União, dirigida pelo Presidente Franklin D. Roosevelt ao Congresso norte-americano em 6 de janeiro de 1941, bem como na chamada “Carta do Atlântico”, assinada pelo Presidente Roosevelt e o Primeiro-Ministro britânico Winston Churchill em 14 de agosto do mesmo ano.”²⁷

As disposições contidas na Declaração foram divididas em três grupos: a) disposições relativas aos fundamentos filosóficos; b) princípios gerais; c) direitos substantivos. O documento que é considerado um marco na universalização dos direitos da pessoa humana concebeu de forma pioneira a previsão destes direitos no plano internacional, embora tenha sido criticado por não possuir um caráter cogente, que pudesse vincular os Estados e obriga-los a cumpri-los.

Do ponto de vista, a Declaração foi adotada por uma resolução da ONU, por meio de sua Assembleia Geral e não foi apresentado como documento de natureza obrigatória para os Estados signatários. Em decorrência desse fato, muitos autores tem discutido a natureza jurídica da Declaração de 1948, como nos estudos apresentados por Ana Guerra Martins:

Há quem entenda que a declaração tem o mesmo valor jurídico que as outras resoluções da Assembleia Geral, ou seja, não cria obrigações para os Estados membros da ONU e não é fonte do Direito Internacional. Para outros a declaração deve ser vista como um elemento constitutivo de regras consuetudinárias preexistentes; O caráter consuetudinário dos direitos e princípios consagrados na declaração foi adquirido posteriormente e, portanto, possui caráter vinculativo;

²⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 23.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2005.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Há quem defenda que a declaração deve ser analisada com um instrumento pré-jurídico, pois foi fonte de inspiração de todas as outras regras, mas ela não possui força jurídica.²⁸

Neste sentido, Norberto Bobbio confirma que:

Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre a validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (...) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.²⁹

E descreve ainda Norberto Bobbio a nova fase inaugurada pela Declaração Universal:

Com a declaração de 1948, tem início a uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.³⁰

René Cassin, considerado um dos pais da Declaração, assim se manifesta acerca da amplitude e da universalidade da mesma:

Esta Declaração se caracteriza, primeiramente, por sua amplitude. Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais o ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide. Ao finalizar os trabalhos, a Assembleia Geral, graças à minha proposição, proclamou a Declaração Universal, tendo em vista que, até então, ao longo dos trabalhos, era denominada Declaração Internacional. Ao fazê-lo, conscientemente, a comunidade internacional reconheceu que o indivíduo é membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito direto do Direito das

²⁸ MARTINS, Ana Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2006.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30.

Gentes. Naturalmente, é cidadão de seu país, mas também é cidadão do mundo, pelo fato mesmo da proteção internacional que lhe é assegurada. Tais são as características centrais da Declaração.³¹

Para Fábio Konder Comparato:

A Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos.³²

Destarte, a partir da criação da ONU e da proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem houve uma profunda alteração no plano das relações internacionais com o surgimento da nova disciplina destinada a proteger os indivíduos. Ocorreram assim várias mudanças no comportamento dos Estados e demais atores sociais na busca de maior proteção aos direitos dos indivíduos.

A discussão sobre direitos humanos se ampliou de modo significativo em todo o mundo desde então, passando de uma fase de regulamentação básica a partir da própria declaração até a resolução de conflitos entre colonizadores e colonizados no início da década e 1960, passando pelo final da guerra fria e pela queda do Muro de Berlim em 1989.

Com o desenvolvimento da disciplina, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passaram também a se ocupar de áreas como direito de minorias, infância e juventude, povos indígenas e outras, convertendo as diversas conferencias mundiais em fóruns para ampla discussão e envolvimento dos governos na política de preservação dos direitos humanos em nível mundial.

Portanto, verifica-se que o surgimento do movimento internacional dos Direitos Humanos e sua posterior materialização jurídica com a Declaração Universal de 1948 e os vários tratados e instrumentos protetores posteriormente implementados tem sua origem histórica na repugnância às ações da Alemanha

³¹ CASSIN, René, APUD, PIOVESAN, Flávia. PIOVESAN, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva 2012.

³² COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

nazista e a conseqüente conscientização mundial da necessidade de um sistema de tutela aos direitos fundamentais do homem em nível global.

Na esteira da evolução do movimento global em defesa dos Direitos Humanos, já no mundo pós- Guerra Fria vemos a Declaração de Viena de 1993 estender, renovar e ampliar o consenso sobre a universalidade e indivisibilidade dos Direitos Humanos, ao proclamar a interdependência entre Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento, apontando a democracia como o regime político mais compatível com a proteção aos Direitos Humanos.

2.3 Sistema Internacional de Direitos Humanos

Nas palavras de Hannah Arendt³³, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.

Apresentando esse olhar histórico, adota-se as lições de Norberto Bobbio³⁴, que em seu livro a "Era dos Direitos", sustenta que "os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais".

É em face do crescente processo de internacionalização dos direitos humanos que há de se compreender seu sistema internacional de proteção.

Tendo como ponto de partida a proclamação da Declaração Universal dos Direitos e Humanos, em 1948, foi assumida por todos os países membros da ONU uma firme disposição de orientar todos os indivíduos e órgãos da sociedade na busca constante pelo desenvolvimento e respeito aos direitos fundamentais e a

³³ ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. A respeito, ver também Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Cia das Letras, São Paulo, 1988, p.134. No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: "Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos". (Ignacy Sachs, *Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania*, In: *Direitos Humanos no Século XXI*, 1998, p.156).

³⁴ BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988, p.30.

liberdade, promovendo por meio de medidas progressivas, nacional e internacionalmente o seu reconhecimento e sua aplicação.

Por força de um dos dispositivos da declaração foram criadas condições para a criação de uma ordem internacional de proteção e valorização da dignidade da pessoa humana, conforme preconiza o artigo 28 que “toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”.³⁵

Tal dispositivo consolidou o movimento de internacionalização dos direitos humanos, no qual as relações dos Estados com seus nacionais deixam de ter apenas o interesse doméstico e passa a ter interesse internacional.

Desta forma, surgiu um sistema internacional de direitos humanos, deixando de ser apenas uma questão interna dos países membros para se tornar uma questão coletiva e de interesse da humanidade.

Assim, a defesa dessas garantias fundamentais pertence a todas as comunidades do globo, que buscam um direito digno a pessoa, de forma mínima, respeitando inclusive a diversidade cultural e política existente, mas que não permite divisões, exceções nem restrições.

Como bem explica Flavia Piovesan:

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa humana é requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado os demais o são.³⁶

Esta universalidade proposta pela declaração foi se consolidando com o tempo e ganhou significativa amplitude a partir de duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos realizadas respectivamente em Teerã 1968 e Viena 1993, quando um sistema internacional foi definitivamente reconhecido e ocorreram avanços expressivos em matérias tais como: a afirmação do respeito dos direitos humanos para todos (caráter universal); sua indivisibilidade e o combate a discriminação da mulher em diversas partes do mundo, etc. Assim como o estabelecimento de

³⁵ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III). Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

importantes pressupostos programáticos indispensáveis para a existência deste sistema tais como: a inter-relação entre desenvolvimento, direitos humanos e democracia; a legitimidade do monitoramento internacional de suas violações; o direito ao desenvolvimento e a interpretação de todos os direitos fundamentais.

Portanto, surgiu assim um sistema internacional de proteção aos direitos humanos, envolvendo todos os Estados membros da ONU que transcende as esferas jurídicas nacionais e interfere em conceitos tais como: soberania nacional e possibilitou a criação de tribunais internacionais para julgar matérias relativas á violação dos direitos universais consagrados por princípios de âmbito mundial.

2.4 Sistemas Regionais de Direitos Humanos

Os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos foram instituídos não apenas pelo fato dos governos dos Estados adquirirem consciência da importância desta questão, mas também por pressão dos seus cidadãos e de órgãos de proteção dos direitos humanos, tais como as organizações não governamentais.

Cabe ressaltar que foi somente após a criação da ONU em 1945 e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 que se verificou que alguns Estados, muitas vezes, eram coniventes ou incompetentes na proteção dos direitos humanos, fato que exigiu a instituição de um sistema de proteção internacional; de sistemas regionais e até de sistemas nacionais que pudessem fortalecer esses direitos e recrudescer o combate as suas violações.

Como bem esclarece Margareth Anne Leister:

As normas de Direitos Humanos, no âmbito do Direito Internacional interamericano e europeu, permitem a condenação de um Estado por ilícitos cometidos neste âmbito. Por ora, os sistemas internacionais de proteção nos âmbitos regional e global – tais como a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, Cortes Regionais de Direitos Humanos e Tribunais Internacionais, atuam de forma complementar, interagindo com as ordens normativas nacionais e seus respectivos tribunais.³⁷

³⁷ LEISTER, Margareth Anne. Do desaparecimento na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal. In. FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2 v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

Atualmente existem sistemas regionais na Europa, no Continente Africano, nos países Árabes e nas Américas, além dos sistemas nacionais organizados pelos próprios países.³⁸

Os sistemas regionais são baseados em dispositivos pactuados em tratados e convenções entre os Estados que por sua vez possibilitam a instituição de comitês, comissões, grupos e tribunais de direitos humanos, formando uma rede de proteção e combate aos diversos tipos de abusos cometidos especialmente pelos próprios Estados signatários.

Na Europa com o Tratado de Maastrich de 1992, que criou a União Europeia, tornou-se imperativo a imediata implantação de um sistema de garantia dos direitos humanos e a definição clara dos papéis dos órgãos que o compõem, para assim assegurar e ampliar as disposições que já haviam sido pactuadas na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assinada em 1950.

O sistema europeu sofreu modificações durante o tempo, porém sempre pautou pela consagração e reconhecimento de um catálogo de direitos humanos que limitem o poder político, garantindo o ideal de estado de direito democrático e a humanização do direito comunitário.

A estrutura europeia conta com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, criado por força do Protocolo nº 11 à Convenção Europeia, de 11 de novembro de 1998, sendo sua jurisdição obrigatória para todos os Estados e não mais facultativa com no sistema anterior. Este tribunal é composto por câmaras e um número de juízes igual ao de Estados, todos voltados para a garantia da dignidade da pessoa humana e para evitar e/ou corrigir possíveis injustiças e/ou falhas eventualmente ocorridas em âmbito interno de determinado Estado, por meio de uma instância supranacional.

Tal sistema é extremamente avançado, haja vista que defere condição para a pessoa humana litigar diretamente naquele órgão, sem que haja intervenção de terceiros.

³⁸ Existem alguns instrumentos de proteção aos direitos humanos em outras regiões, são eles: a Carta Árabe de Direitos Humanos, adotada em 15 de maio de 1994 pelo Conselho da Liga de Estados Árabes, e a Convenção da Comunidade de Estados Independentes sobre os Direitos e Liberdades Fundamentais do Homem, adotada em 26 de maio de 1996, em Minsk, Bielo-Rússia (atual Belarus).

Outro ponto basilar para o bom funcionamento do sistema europeu é a Corte Europeia de Direitos Humanos, órgão que também recebe as reclamações de eventuais violações ou questionamentos sobre direitos humanos de particulares ou por parte dos próprios Estados.

Trata-se de um órgão com competência contenciosa e consultiva, o qual em consequência de sua competência *ratione personae* pode receber demanda de todos os Estados signatários no que tange a violações praticadas por outros Estados e em face de sua competência *ratione materiae* abarca todas as questões relativas à interpretação e aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidas nas condições previstas em seu estatuto.

Já o sistema africano foi concebido pela sua Carta, aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana em Banjul, Gambia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana em Nairóbi, Quênia, em 27 de janeiro de 1981.

A Organização da Unidade Africana teve seu nome modificado em 2000 para União Africana e congrega todos os Estados africanos com exceção de Marrocos, que se retirou em 1985 da Organização por não reconhecer a soberania do Saara Ocidental.

O sistema africano apresenta como objetivos fundamentais a defesa da soberania dos Estados, bem como da integridade territorial e independência de seus membros, o desenvolvimento e a integração socioeconômica do continente africano e o respeito aos direitos humanos.

O sistema africano de proteção dos direitos humanos no continente africano fundamenta-se na Comissão Africana de Direitos Humanos e Direito dos Povos e conta com a recentemente criada Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, cujas principais funções são a difusão e promoção dos direitos humanos e dos povos e a realização de uma série de atividades, tais como estudos e pesquisas; organização de conferências; cooperação com instituições nacionais dos próprios países membros e internacionais, entre outras.

Com relação aos países árabes, embora do ponto de vista ocidental ainda haja pouco desenvolvimento no que tange a efetiva proteção aos direitos humanos, a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos de 1981 e a Declaração dos Direitos Humanos no Islã (DDHI) de 1990, também conhecida como Declaração do Cairo, assinada por parte dos estados membros da Organização da Conferência

Islâmica apresentam uma visão geral da perspectiva muçulmana sobre o tema e fixa as regras estabelecidas pelo Profeta Muhammad (Maomé) como sua fonte principal e base do sistema.

Cabe ressaltar que esta grande influência do “Al Corão” no que povos árabes que professam a religião muçulmana entendem como direitos humanos foi consubstanciada e confirmada também na Carta Árabe dos Direitos Humanos de 1994.

De acordo com Hidemberg Alves da Frota³⁹, os direitos humanos para os muçulmanos tiveram sua legitimidade questionada, especialmente a partir da Revolução Islâmica do Irã, em 1979, que derrubou a monarquia pró-Occidente, do Xá Reza Pahlevi, e instaurou República islâmica com contornos de teocracia de orientação xiita.

Desde então, membros mais conservadores da comunidade muçulmana mundial passaram a pôr em xeque de forma mais vigorosa a “validade transcultural” de normas contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que ressoam princípios sedimentados no Direito ocidental, todavia estranhos ao Alcorão e à tradição islamita, a começar pela liberdade religiosa que implica a separação entre o Estado entre outros princípios. O exercício de tais liberdades concederia ao ser humano grau de discricionariedade pessoal blasfemo na ótica do Alcorão e o discurso da universalidade dos direitos humanos à moda ocidental teria como substrato a ideologia materialista do capitalismo globalizado.

De qualquer maneira e a seu modo peculiar de a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, de 1981 foi fundamentada na afirmação incontestável, para os signatários de que há 14 séculos o Islã concedeu a humanidade um código ideal de direitos humanos por meio do Corão e do Sunah que é o exemplo de vida do Profeta Maomé. Por isso, segundo este entendimento e em razão de sua origem divina nenhum governante, governo, assembleia ou autoridade poderá reduzi-lo, abolir ou desrespeita-lo sob qualquer hipótese, pois foram conferidos por Deus. Também não se pode cedê-los ou aliena-los porque são parte integrante de toda uma ordem islâmica e se impõem sobre todos os governantes e órgãos da

³⁹ FROTA, Hidemberg Alves da. **Reflexões sobre os Direitos Humanos no Mundo Muçulmano**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/ligaarabe/frota_reflexoes_dh_mundo_muculmano.pdf> Acesso em: 23 mai. 2013.

sociedade, com o objetivo de implementar, na letra e no espírito, dentro da estrutura daquela ordem.

Como se vê, as Convenções Internacionais são instrumentos de expansão e enriquecimento dos direitos humanos, além de estabelecerem novos mecanismos específicos de supervisão, conforme enfatiza Antonio Augusto Cançado Trindade: Os tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos vieram a mostrar-se dotados, no plano substantivo, de fundamentos e princípios básicos próprios, assim como de um conjunto de normas a requerer uma interpretação e aplicação de modo a lograr a realização do objeto e propósito dos instrumentos de proteção. E, no plano operacional, passaram a contar com uma série de mecanismos próprios de supervisão. Esse corpus júris em expansão veio enfim a configurar-se, ao final de cinco décadas, como uma nova disciplina da ciência jurídica contemporânea, dotada de autonomia, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nos últimos anos, o corpus júris normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos se enriqueceu com a incorporação de "novos" direitos, como, por exemplo, o direito ao desenvolvimento como um direito humano e o direito a um meio ambiente sadio.

O direito ao desenvolvimento encontra-se hoje consagrado tanto na Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, que situa a pessoa humana como "sujeito central do desenvolvimento", como na Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos de 1981. E o direito a um meio ambiente sadio recebeu reconhecimento expresso tanto na referida Carta Africana (artigo 24) como no I Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (artigo 11). Um e outro ingressaram, assim, no Direito Internacional convencional dos Direitos Humanos. "Os tratados de direitos humanos das Nações Unidas têm, com efeito, constituído a espinha dorsal do sistema universal de proteção dos direitos humanos, devendo ser abordados não de forma isolada ou compartimentalizada, mas relacionados uns aos outros".⁴⁰

⁴⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

2.4.1 Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

O sistema de proteção aos direitos humanos no continente americano, nos moldes atuais surgiu após a Carta da Organização dos Estados Americanos que criou a OEA, e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, baseada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 da ONU. Estas foram as primeiras disposições internacionais de caráter geral sobre o tema que possibilitou aos signatários pactuarem no âmbito das Américas, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem.

Cita-se, novamente, Flavia Piovesan:

A análise do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos deve levar em conta que trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social, ao qual se somam democracias em forma de consolidação, com uma cultura de violência e impunidade, com a baixa intensidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. Dois períodos demarcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais e o período de transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras, na década de 80.⁴¹

Em 1959, pouco tempo após, foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que se reuniu pela primeira vez em 1960, como um órgão principal e autônomo da OEA lastreado juridicamente pela própria Carta de criação da entidade e também nos tratados e convenções sobre o tema existentes no âmbito daquela organização.

Em 22 de novembro de 1969, durante nova rodada da Convenção Americana de Direitos Humanos, os países integrantes da OEA reunidos na cidade de San Jose na Costa Rica redigiram a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que ficou conhecida como Pacto de San José, consolidando e implantado definitivamente um sistema supranacional de proteção aos direitos humanos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, entretanto entrou em vigor apenas em 1978 e foi depois ratificada em setembro de 1997 por 25 países: Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica,

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela.

Tal convenção define quais os direitos humanos que os Estados signatários se comprometem internacionalmente a respeitar e a dar garantias de cumprimento.

No mesmo documento, foi criada a Corte Interamericana de Direitos Humanos, definindo as atribuições e procedimentos tanto para a Corte quanto para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual manteve poderes adicionais anteriores à Convenção e que não decorrem diretamente dela, dentre eles, o de processar petições individuais relativas a Estados que ainda não são parte da Convenção

Somente a partir disto que os signatários passaram oficialmente a obrigação de preservar, além de reconhecer que os direitos essenciais do homem não derivavam do fato dele ser nacional de determinado Estado, mas sim do fato de serem atributos inerentes à pessoa humana, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, razão que justifica sua proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar diferente daquela oferecida pelo direito interno de cada um dos Estados americanos.

Em sua obra sobre o sistema interamericano de defesa dos direitos humanos, cuja denominação em inglês é *Interamerican Human Rights System*, ou IAHRs, Par Engstrom⁴² ensina que este surgiu como uma entidade quase judicial, com mandato mal definido, com vistas a promover o respeito aos direitos humanos na região.

Ainda segundo o citado autor ele consiste em um regime jurídico formal que permite aos cidadãos apresentar petições com a finalidade de contestar as atividades domésticas de seu próprio governo. O acesso dos indivíduos ao regime de direitos humanos tem sido fortalecido - ao longo do tempo - à medida que o sistema evoluiu para um regime jurídico com enfoque processual na força da argumentação jurídica e na geração de jurisprudência regional de direitos humanos.

Na sequência da transição para a democracia na América Latina, a evolução do IAHRs ficou ligada à questão de como lidar com as violações dos direitos humanos ocorridas nos regimes anteriores. Este trabalho apresenta uma avaliação

⁴² ENGSTROM, Par. **A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/livro_mj_anistia_comparada.pdf>. Acesso em: 23 mai 2013.

da contribuição do IAHR para a formação de tendências regionais de justiça de transição na América Latina, com particular ênfase na abordagem do sistema para o uso de anistias como resposta às violações dos direitos humanos.

O IAHR tornou-se cada vez mais importante ao inserir-se em debates de justiça de transição de várias maneiras, inclusive como uma estrutura de oportunidade para o ativismo da sociedade civil e na crescente jurisprudência autoritária disponível para os litigantes domésticos e juízes. Evidentemente, uma série de fatores domésticos explica a evolução da justiça de transição ao longo do tempo na região. Esse é particularmente o caso dos movimentos mais recentes em uma série de países em prol do desenrolar dos negócios políticos (por exemplo, o caso da anistia) atingidos nos estágios anteriores da democratização.

2.4.2 Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi criada em 1959 pela Organização dos Estados Americanos (OEA) com o encargo de promover e proteger os direitos humanos nas Américas. A Comissão monitora a situação dos direitos humanos em todos os Estados membros da OEA, conhece de denúncias individuais e exerce atividades diversas, inclusive por meio de suas relatorias temáticas. Além disso, promove e protege a vigência dos direitos humanos por meio destas e de outras atividades de promoção como os relatórios temáticos, os comunicados de imprensa, o atendimento de consultas e a formação de agentes estatais, organizações da sociedade civil e outros atores do sistema.

Centenas de atividades dessa natureza são realizadas anualmente pela CIDH que é uma das entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas.

Desde sua criação a CIDH começou a realizar visitas *in loco* para observar a situação geral dos direitos humanos em vários países ou para investigar situações particulares denunciadas. Desde então, já realizou visitas nos 23 países membros da OEA. Após as devidas observações de caráter geral em cada visita, a CIDH publica relatórios especiais, contendo a confirmação ou não das denúncias, bem

como a sugestão de medidas coercitivas para a OEA e para os países que são objeto da visita.

Desde 1960 a CIDH foi autorizada expressamente a receber e processar denúncias ou petições sobre casos individuais, nos quais se alegavam violações aos direitos humanos. Até hoje já recebeu dezenas de milhares de petições, que deram origem a mais de 20.000 processos, alguns deles em andamento. Os relatórios finais publicados em relação a esses casos podem ser encontrados na página da internet da Comissão ou na busca por país.

De acordo com a divulgação de suas próprias atribuições⁴³, as principais funções da CIDH são:

A Comissão tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos, e no exercício do seu mandato: a) Receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações dos direitos humanos; b) Observar o cumprimento geral dos direitos humanos nos Estados membros; c) Realizar visitas in loco aos países para aprofundar a observação geral da situação, e/ou para investigar uma situação particular; d) Estimular a consciência dos direitos humanos nos países da América; e) Realizar e participar de conferências e reuniões; f) Fazer recomendações aos Estados membros da OEA acerca da adoção de medidas para contribuir com a promoção e garantia dos direitos humanos; g) Requerer aos Estados membros que adotem “medidas cautelares” específicas para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes; h) Remeter os casos à jurisdição da Corte Interamericana e atuar frente à Corte em determinados litígios; i) Solicitar “Opiniões Consultivas” à Corte Interamericana sobre aspectos de interpretação da Convenção Americana.

A sede da CIDH fica na cidade de Washington nos Estados Unidos da América e dentre os órgãos que a compõem está a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja sede fica na cidade de São José na Costa Rica.

Margareth Anne Leister assevera que:

Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as forças de segurança brasileiras (polícias federal, civil e militar) são repetidamente acusadas de violar, sistematicamente, os direitos dos cidadãos. Ainda, há convicção de que o sistema garante a impunidade destas violações, tanto como uma

⁴³ CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/que.port.htm>>. Acesso em: 23 mai de 2013.

história de práticas violatórias pela polícia, como comprovado pela justiça brasileira e reconhecido pelo próprio Governo do Plano Nacional de Direitos Humanos.⁴⁴

A Corte Interamericana de Direitos Humanos que também integra o sistema iniciou seus trabalhos em 1980 como órgão judicial autônomo, cujo propósito aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados.

A corte exerce competência contenciosa e consultiva, podendo utilizar-se dos idiomas: espanhol, português, inglês e francês, que são oficiais da OEA, conforme o caso e o processo concreto.

A competência contenciosa é utilizada para resolução de litígios e conhecimento de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos a que lhe seja submetida apreciação, sempre os Estados signatários reconheçam esta competência, por declaração ou convenções especiais. Basicamente a Corte toma conhecimento dos casos quando algum dos Estados alegue a violação de um direito ou liberdade protegido pela Convenção, sendo necessário que se tenham esgotados os procedimentos previstos na mesma.

As pessoas, grupos ou entidades que não sejam o Estado não têm capacidade de impetrar casos junto à Corte, mas podem recorrer à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão pode então, levar os assuntos diante desta, sempre que o Estado questionado haja reconhecido sua competência. Em todos os casos, a Comissão deve comparecer em todos os casos apreciados pela Corte.

O procedimento junto à Corte é de caráter contraditório. Termina com uma sentença judicial motivada, obrigatória, definitiva e inapelável. Se, a decisão não expressa, no todo ou parcialmente, a opinião unânime dos juízes, qualquer destes tem direito a que se junte sua opinião dissidente ou individual.

Em caso de desacordo sobre o sentido ou alcance da decisão, a Corte o interpretará por solicitação de qualquer das partes, sempre que esta solicitação seja apresentada dentro de noventa dias a partir da notificação da sentença.

⁴⁴ LEISTER, Margareth Anne. Do desaparecimento na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal. *In*. FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2 v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

Já a competência consultiva, se refere a possibilidade dos Estados membros da OEA consultarem preliminarmente a Corte acerca da interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos ou de outros tratados concernentes à proteção dos Direitos Humanos no âmbito dos Estados americanos. Além disso, podem consultá-la, dentro da sua competência, também os órgãos da Organização dos Estados Americanos.

Pode a Corte, ainda, a pedido de um Estado-membro da OEA, emitir parecer sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados tratados internacionais.

A Corte é composta por sete juízes, oriundos dos Estados, sem a possibilidade da repetição de nacionalidades, eleitos pela OEA entre juristas da mais elevada autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de Direitos Humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais conforme da lei do país do qual seja nacional ou do Estado que lhe proponha a candidatura.

De acordo com as regras da OEA, os juízes da Corte permanecem num mandato de seis anos e somente podem ser reeleitos uma vez. O juiz eleito para substituir a outro, cujo mandato não tenha ainda expirado, completa tal mandato.

Em síntese, o sistema americano de proteção dos direitos humanos é formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e por demais órgãos especializados da OEA, com atribuições fixadas na Convenção Americana de Direitos Humanos. Todos os órgãos são destinados a verificar o cumprimento, pelos Estados das obrigações assumidas com a assinatura da Convenção.

2.5 Regras de *Jus Cogens* na Política Internacional

A Comunidade de Estados Internacionais, representada pela Organização das Nações Unidas, reconheceu a existência de normas imperativas de direito internacional geral, com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ocorrida em 1969. Tais normas de direito cogente – *Jus Cogens* – são imperativas e tem efeito *erga omnes*, só podendo ser alteradas por norma ulterior da mesma

natureza. No entanto, essas normas são constantemente violadas pelos Estados, razão pela qual deve-se adentrar ao campo da Responsabilidade Internacional.

A ampla e complexa rede de organismos ligados a ONU, aos próprios estados ou a comunidade internacional que se ocupa com a proteção aos Direitos Humanos em todo o mundo enfrenta uma questão crucial quando é necessário fazer valer suas disposições, decisões e sanções: O fato de ainda não existirem normas peremptórias gerais que tenham o poder de obrigar as partes a cumpri-las. A expressão “*jus cogens*” (lei coercitiva ou imperativa, em latim) significa, no campo do Direito Internacional tais normas que na prática servem para regular o espaço jurídico internacional.

Em 1969, a Comissão de Direito Internacional da ONU abriu à assinatura dos países a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Tal documento regulamentou e normatizou a produção dos Tratados, criando procedimentos acerca da conclusão de acordos internacionais. A Comissão concluiu que a codificação da Lei dos tratados deveria ter por base o fato que atualmente existem certas regras, as quais não competem aos Estados limitar por acordo ou Tratado, e que só podem ser alteradas por outra norma da mesma natureza. Por tal motivo, incluiu no texto da Convenção cinco dispositivos que tratavam do *Jus Cogens*, os artigos 44, 53, 64, 66 e 71, sendo assim a pioneira no tratamento do tema.

O artigo 53 tornou-se um referencial no que tange às normas imperativas, trazendo em seu bojo a definição destas normas, prevendo:

Artigo 53. Tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

O termo “norma imperativa” caracteriza normas cujo intento é a proteção dos interesses fundamentais, comunitários e gerais de toda a comunidade, ou valores e interesses vitais da comunidade internacional dos Estados.

Não obstante ainda haverem controvérsias acerca do conceito, validade e eficácia de tais normas jurídicas, o fato é que regras de *jus cogens* existem em importantes documentos coletivos, como a Convenção de Viena sobre o Direito dos

Tratados de 1969, uma vez que tal documento, ao ser ratificado por determinado Estado, obriga-o compulsoriamente a cumprir diversas disposições. Também podem ser observadas em alguns princípios de direito consagrados, tais como o "*pacta sunt servanda*", o da autodeterminação dos povos, a proibição do uso ou da ameaça de uso da força, o princípio que garante a soberania e igualdade dos Estados, o de soberania sobre os recursos naturais, a proibição do tráfico de seres humanos, a escravidão, pirataria, genocídio, crimes contra a humanidade em geral e tantos outros aplicados no moderno repertório de leis internacionais construídas, mormente após a Segunda Guerra Mundial. Todos estes dispositivos jurídicos possuem expressa ou tacitamente regras de *jus cogens*, as quais além de obrigar as partes, indicam uma prioridade sobre outros documentos que colidam com as normas locais. Por isso, em alguns casos é pacífico que se houver conflito entre determinada norma que possua tais regras de *jus cogens* e outra que não possua, a primeira terá prioridade em relação a última.

Sobre o *jus cogens* Salem Hikmat Nasser escreveu:

A figura do *jus cogens* assume um papel importante nos dias atuais, onde se faz cada vez mais importante a existência de uma regra geral que sirva de parâmetro os atos de todos os entes estrangeiros, pois o campo jurídico internacional pode ser ainda definido como "terra de ninguém", onde muitas vezes o mais forte política ou militarmente faz valer a sua vontade.

Importante salientar que a sua adoção por determinado país não trará conflito com as normas infraconstitucionais. No Brasil, por exemplo, é pacificado o entendimento de que normas que tratam de Direitos Humanos, aprovadas por quórum qualificado (como muitas das citadas acima como exemplo de *jus cogens*) terão valor de Emenda Constitucional, e outras que possuam também o imperativo do *jus cogens* entrarão no repertório interno como leis.

É fato que a existência de tal espécie normativa, como figura diferenciada no repertório de direito internacional carece ainda de unanimidade por parte dos juristas, exatamente pelo fato de seu conceito ser um tanto impreciso e vago, além do propósito ao qual tal norma se presta de colocar ordem e hierarquia em um sistema que originalmente não os possui, aquele das relações internacionais.⁴⁵

⁴⁵ NASSER, Salem Hikmat é professor de Direito Global do Núcleo de Direito Global da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EDES/FGV). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador do Centro de Direito Global da Direito. Pesquisador visitante do Lauterpacht Centre for International Law e do European University Institute. Disponível em: < <http://www.infoescola.com/direito/jus-cogens/>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

A doutrina ainda aponta que, sob o ponto de vista da validade e da eficácia, a questão pode ser encarada sob dois ângulos distintos. A teoria monista e a teoria dualista do direito que são duas correntes doutrinárias que tem por objetivo explicar a prevalência do Direito Interno (aquele constituído pelo conjunto normativo vigente dentro dos limites territoriais de um determinado estado) ou do Direito Internacional (composto por convenções e tratados estabelecidos por mediação entre dois ou mais estados independentes com vistas a surtir o efeito jurídico almejado para ambos), quando da ocorrência de conflito normativo entre as duas esferas de atuação.

Para a corrente monista, existe a presunção de que o Direito Internacional e o Direito Interno são elementos de uma única ordem jurídica e, sendo assim, haveria uma norma hierarquicamente superior regendo este único ordenamento. Esta Teoria sustenta a tese da existência de uma única ordem jurídica como se fosse uma pirâmide de normas vigentes em um estado que sempre possui uma norma superior ("grundnorm"), cuja origem está um princípio jurídico superior de ordem internacional e consuetudinário com natureza *pacta sunt servanda*, oriunda de um Direito Internacional organizador das relações entre os Estados.

Sobre isto escreveu Hans Kelsen:

Dois complexos de normas do tipo dinâmico, como o ordenamento jurídico internacional e um ordenamento jurídico estadual, podem formar um sistema unitário tal que um desses ordenamentos se apresente como subordinado ao outro, por que um contém uma norma que determina a produção das normas do outro e, por conseguinte, este encontra naquele o seu fundamento de validade (...).⁴⁶

Ainda, de acordo com a corrente monista, o direito é único e se apresenta com múltiplas ramificações. Em apertada síntese, para o monismo, o Direito Internacional e o Direito Interno formam, em conjunto, uma unidade jurídica, afastando a ideia de ordens jurídicas estanques, embora possam ser considerados ramos diferentes. Isto porque o fundamento do Direito, como um todo, encontra-se nos seus princípios gerais, enunciados de forma racional, com base nas ideias e, principalmente, em valores, como os da paz e da justiça. Desta forma, a soberania estatal fica relegada a um segundo plano, exigindo-se uma nova leitura do seu papel, não mais preponderantemente político, e sim, cada vez mais, subordinado às exigências da solidariedade, da ética e da responsabilidade.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 343.

De outro lado, a corrente dualista admite a existência de duas ordens distintas: uma interna e outra externa, não havendo comunicação entre elas. O Direito Interno é elaborado pela vontade soberana do Estado, enquanto que o Direito Internacional assenta-se na acomodação destas vontades e, por esta razão, admite que a norma internacional somente possa ser aplicada à vida interna por incorporação ao Direito Nacional.

Para a corrente dualista, na sistemática da incorporação legislativa, o Estado recusa a vigência imediata do Direito Internacional na ordem interna, sendo obrigatória a reprodução do conteúdo do tratado por norma interna infraconstitucional. As normas de ordem interna só têm eficácia na ordem jurídica nacional, enquanto as de Direito Internacional só têm eficácia na respectiva ordem de que emanam. Portanto, as regras do Direito Nacional objetivam a regulação das relações entre indivíduos dentro de um determinado território, ao passo que o Direito Internacional se cristaliza em um arcabouço normativo que determina as relações entre estados.

Por fim, cabe salientar que as duas correntes doutrinárias foram modificados, de forma que tanto o monismo quanto o dualismo se desdobraram em duas versões: radical ou moderado. Exatamente nesse aspecto, a lição de Hildebrando Accioly e Geraldo Eulálio Nascimento e Silva é precisa:

O dualismo dividiu-se em radical – no qual há necessidade de edição de uma lei distinta para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional, forma original proposta por Triepel – e em moderado – no qual a incorporação prescindiria de lei, embora possuísse iter procedimental complexo, com aprovação congressional e promulgação executiva. Já o monismo encontra no sistema brasileiro duas vertentes: o radical e o moderado. O radical pregaria a primazia do tratado sobre a ordem jurídica interna, e o moderado procederia à equiparação hierárquica do tratado à lei ordinária, subordinando-o à Constituição e à aplicação do critério cronológico, em caso de conflito.⁴⁷

Francisco Rezek preleciona também que:

Ninguém desconhece que a submissão do Estado soberano a uma jurisdição internacional permanente é uma causa possível de constrangimentos e mal-estares, sobretudo em matéria desse grau de sensibilidade. Há também alguns riscos secundários para o próprio tesouro público. Mas a Constituição

⁴⁷ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2002.

de 1988 compromete-se, logo no começo, com a prevalência dos direitos humanos, e diz de nossa submissão à jurisdição penal internacional que tenhamos em cooperação com outros países.⁴⁸

O Brasil é parte nos atos constitutivos da corte interamericana e do TPI, e aceita a jurisdição de ambas as casas, já tendo sido processado e condenado, na primeira delas, por disfunções de nosso sistema judiciário, policial e penitenciário.⁴⁹

2.6 Os Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No Brasil, a questão da incorporação de tratados internacionais pelo ordenamento jurídico pátrio ainda está distante de ser tranquila, possui atualmente consideráveis lacunas em relação às normas constitucionais e infraconstitucionais, fato que gera diversas formas de interpretação e dissensos doutrinários e jurisprudenciais.

Prova disto é que embora tenha sido assinada pelo governo brasileiro em 1969, a Convenção de Viena que trata deste assunto somente foi encaminhada ao Congresso Nacional em 1992, o que indica no mínimo uma falta de interesse do país em colocar em prática as disposições daquela convenção.

Vale dizer, no entanto que, não obstante o principal ponto controverso ter sido a forma como o Brasil deveria recepcionar e incorporar os tratados, já que o texto constitucional previu apenas seu processo de formação, deixando de estatuir a posição hierárquica dos tratados comuns, tal questionamento não ocorreu em relação aos tratados relativos aos direitos humanos.

A polêmica permanece para os tratados anteriores, são aqueles recepcionados antes à Constituição de 1988, bem como aqueles recepcionados

⁴⁸ REZEK, Francisco. Justiça Internacional e Direitos Humanos. In. FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2 v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

⁴⁹ REZEK, Francisco. Justiça Internacional e Direitos Humanos. In. FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2 v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

após a Constituição de 1988, mas anteriormente à Emenda Constitucional n.45, de 2004.

Quanto aos tratados internacionais sobre direitos humanos recepcionados antes da Constituição de 1988, Celso Lafer⁵⁰ entende que – por força do § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 – foram eles recepcionados com status constitucional pela nova ordem constitucional.

Quanto aos tratados internacionais sobre direitos humanos recepcionados após a Constituição de 1988, mas antes da Emenda Constitucional n.45, de 2004, Celso Lafer⁵¹ sustenta que também esses possuem hierarquia constitucional, pois compreende o § 3º do art. 5º como norma interpretativa que “nada mais fez do que declarar o que preexiste”.

Por sua vez, Anna Candida da Cunha Ferraz sustenta posição oposta, porque emenda constitucional não pode:

Retroagir para alcançar fatos ou situações pretéritas, ferindo o direito fundamental à segurança em qualquer dos seus significados, porquanto isso importaria em criar um caos jurídico insuportável ante uma Constituição suprema e rígida.⁵²

De acordo com Nádía de Araújo, a questão da incorporação e vigência de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro:

Constitui-se em uma celeuma jurídica, considerando que Constituição brasileira não definiu normas claras sobre sua incorporação, deixando a tarefa de esclarecer esse momento e seus efeitos a cargo da jurisprudência.⁵³

Na Carta Rogatória nº 8.279, de 1998, o Supremo Tribunal Federal⁵⁴, posicionou-se acerca do procedimento que deve ser, obrigatoriamente, observado para a incorporação no direito interno dos tratados internacionais. Tal disposição fez com que houvesse um posicionamento acerca da controvérsia doutrinária em torno

⁵⁰ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**. Barueri: Manole, 2005 p.16. O Ministro Moreira Alves cogitou neste mesmo sentido ao votar no Recurso em Habeas Corpus n. 79.785/RJ, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 29 de março de 2000.

⁵¹ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**. Barueri: Manole, 2005 p.16-18; o Ministro Moreira Alves cogitou neste mesmo sentido ao votar no Recurso em Habeas Corpus n. 79.785/RJ, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 29 de março de 2000.

⁵² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004. **Revista Mestrado em Direito: Direitos Humanos e Fundamentais**. Osasco, vol.7, n.1, p.131, 2007. Disponível em: <http://intranet.unifief.br/legado/edificio/index.php/rmd/article/view/88/145>. Acesso em: 13 mai. 2013.

⁵³ ARAÚJO, Nádía de. A internacionalização dos tratados internacionais no direito brasileiro e a ausência de regulamentação constitucional. In: **Juris Síntese Millennium**. jan-fev 2004.

⁵⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Carta Rogatória nº 8.279, Plenário, Rel. Min. Celso de Melo, DJU 29.06.1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

do monismo e dualismo, indicando que o Brasil adotou a teoria dualista, pois conforme a Constituição brasileira, não se pode admitir que um tratado fosse recepcionado automaticamente recepcionado e aplicado no âmbito doméstico sem que tenha sido submetido ao ciclo de sua transposição.

Sobre isto o Ministro do STF Celso de Melo já havia se manifestado em 1997, nos seguintes termos:

É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualista - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.⁵⁵

A partir de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional 45 a lacuna jurídica começou a ser preenchida. Por força desta emenda ficou evidenciada uma inclinação para a teoria dualista do direito internacional, com vigência de força *erga omnes* e foi também elevado ao patamar do nosso ordenamento pátrio superior os tratados e convenções internacionais, os quais deveriam ser aprovados pelo Congresso Nacional, em cada casa legislativa (Senado e Câmara Federal) por dois turnos com três quintos dos votos.

Desta forma, o legislador brasileiro pontificou a adoção da teoria dualista, pois condicionava a vigência dos tratados internacionais à promulgação de norma jurídica interna. Deixando claro que haveria impossibilidade jurídica constitucional de que os tratados tivessem aplicabilidade imediata, nem de que fosse aplicado o princípio do efeito direto, que é a capacidade da norma produzir efeitos com a vigência *incontinenti* no sistema interno.

A complementação da Emenda Constitucional nº 45/2004 no texto constitucional, entretanto não encerrou em si a questão, posto que no seu parágrafo terceiro foi incluída a expressão: "sobre direitos humanos", que passou a ser um elemento limitador da adoção do conceito dualista aplicável ao Direito Interno, permitindo que apenas tratados e convenções que tenham como premissa principal regular relações dirigidas à proteção de direitos humanos sejam admitidas no ordenamento jurídico interno e, a contrário sensu excluindo os demais textos originários do entendimento entre dois ou mais Estados independentes que versem sobre assuntos e temas diversos.

⁵⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADIN nº 1.480/DF, STF, Rel. Min. Celso Mello, DJU 15.09.1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

De acordo com Germana Assunção Trindade⁵⁶, da análise das decisões proferidas pelo pleno do STF depreende-se que naquela corte predomina o entendimento de que:

a) os tratados internacionais não podem versar sobre matérias reservadas pela constituição à lei complementar; sob pena de serem inconstitucionais;

b) todos os tratados são subordinados à Constituição;

c) os tratados internacionais que não versarem sobre direitos humanos possuem paridade hierárquica com as leis ordinárias;

d) os tratados que versarem sobre direitos humanos que não foram ou que nem forem aprovados na forma estabelecida pelo art. 5, § 3º da CF/88, serão hierarquicamente superiores às leis ordinárias, apesar de não se ter, ainda, uma decisão do pleno do STF neste sentido, e;

e) os tratados que versarem sobre direitos humanos e que forem aprovados na forma estabelecida pelo art. 5, § 3º da CF/88, serão equiparados a emenda constitucional, e terão assim, hierarquia de norma constitucional.

Com relação à paridade hierárquica do tratado, que não versa sobre direitos humanos, com a lei ordinária; nota-se que, em nenhuma das decisões analisadas o STF manifesta a fundamentação legal que sustenta a tese defendida, se limitando a declarar que este é o entendimento que prevalece no Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do RE nº 80.004-SE, que foi proferido em torno de 10 anos antes da promulgação da CF/88.

Por outro lado, a tese, que prevalece no STF, de que os tratados internacionais não podem versar sobre matérias reservadas constitucionalmente à lei complementar, mostra-se robusta; apesar de divergirem os ministros se tal fato deve-se, somente, ao art. 69 da CF/88 exigir maioria absoluta para a aprovação de uma lei complementar, enquanto, que o quórum exigido para a aprovação de um tratado pelo Poder Legislativo é de maioria simples; ou se, se deve, também, ao conteúdo temático próprio reservado pela CF/88 à lei complementar.

No tocante a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais, percebe-se que, apesar do STF está caminhando no sentido de atribuir hierarquia de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos

⁵⁶ TRINDADE, Germana Assunção. **A Posição Hierárquica do Tratado À Luz do STF**. Artigo Científico apresentado como Trabalho na Disciplina Teoria do Direito Internacional, no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Brasília, em nível de Mestrado. Disponível em: < <http://www.faete.edu.br/revista/Prof.%20Germana.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

humanos, tal entendimento ainda não prevalece naquela Corte, tanto que em decisão proferida pela 2ª Turma do STF, em 2008, decidiu-se pela impossibilidade de se prender o depositário infiel no Brasil, não por ter o Pacto de São José da Costa Rica retirado a eficácia do art. 5º, LXVII da CF/88, e sim por ter tal norma internacional retirado a eficácia da norma infraconstitucional que regulamentava o artigo referido da Constituição.

Diante do acima exposto, percebe-se uma modificação do entendimento emanado do STF sobre a hierarquia dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, e que não tenham sido aprovados nos moldes estabelecidos pelo art. 5, § 3º da CF/88, posto que passou o STF decidir pela prevalência do tratado de direitos humanos sobre a lei ordinária, apesar de ainda não ter o pleno do STF se manifestado neste sentido.

Por fim, registre-se, que apesar do STF já ter declarado que teriam paridade com as normas constitucionais os tratados aprovados pelo Poder Legislativo, conforme determinado pelo art. 5, § 3º da CF/88, ainda, não há pronunciamento pelo STF sobre a possibilidade de tais tratados retirar a eficácia de norma constitucional.

Em três decisões recentes, revendo a sua própria jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal afirmou suprallegalidade do Pacto de São José da Costa Rica. No entanto, conforme adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵⁷, é preciso aguardar a reiteração do novo entendimento para: (1) confirmá-lo; ou (2) verificar eventual nova revisão jurisprudencial, desta feita, talvez, em favor da hierarquia constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, como parece acenado durante os debates.

José Levi Mello do Amaral Júnior esclarece ainda que:

A elaboração de tratados e convenções internacionais exhibe evidente déficit democrático. Não são elaborados por meio de representantes democraticamente eleitos pelas populações implicadas. Quando muito, são aprovados pelos parlamentos nacionais envolvidos, mas o são – na maioria dos casos – sem a possibilidade de modificações parlamentares. São aprovados ou reprovados em bloco, ressalvada a eventual existência de cláusulas de reserva (porém, desde que admitidas pelo próprio tratado ou convenção internacional...).

Assim, além de regulamentar adequadamente o § 3º do art. 5º da Constituição, é preciso serenidade e comedimento em sua

⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p.103-104.

aplicação, de modo a não introduzir incoerências ou gerar desequilíbrios no parâmetro de constitucionalidade brasileiro.⁵⁸

Na questão sobre tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, José Levi Mello do Amaral Júnior⁵⁹ destaca que “são estratégicos para o fim de estabelecer uma completa e exaustiva rede humanitária de proteção”.

⁵⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Tratados sobre direitos humanos na Constituição Brasileira vigente*. In. FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2 v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

⁵⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Tratados sobre direitos humanos na Constituição Brasileira vigente*. In. FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2 v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

3 ANISTIA E DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Apesar de limitada, a anistia de 1979 representou um avanço na luta pelas liberdades democráticas. Foi o recuo mais palpável da ditadura, além da revogação do AI-5.

A Lei nº 6.683/79, a chamada Lei da Anistia, em seu art. 1º, concedeu anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram, dentre outros, crimes políticos ou conexos com estes. Para tanto considerou como crimes políticos ou conexos, nos termos do § 1º, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, e, em conformidade com o § 2º desse mesmo artigo, excetuou dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

O adjetivo conexo abriga todos aqueles que, em nome da lei e acobertados pelo governo militar, torturaram, assassinaram e deram sumiço no corpo das vítimas, o que é inaceitável, pois é descabido anistiar quem jamais foi considerado culpado ou condenado. Anistia significa perdão: perdoa-se a quem cometeu uma falta; se jamais os algozes assumiram os hediondos atos praticados por eles, não se pode cogitar tenham sido beneficiados pela anistia.

Contudo, é público e notório que o legislador, com a redação propositalmente obscura do § 1º do citado artigo, ao considerar como políticos ou conexos os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, teve o intuito de incluir, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e praticaram crimes comuns, contra opositores políticos do regime militar instituído em 1964.

De acordo com os dicionários da língua portuguesa⁶⁰ anistia significa um ato do poder legislativo pelo qual se extinguem as consequências de um fato punível não obstante possuir um significado mais amplo que é o de esquecimento ou perdão para alguém que cometeu uma ação em tese punível. Trata-se de uma medida adotada de forma recorrente para pacificação dos espíritos após motins, revoluções

⁶⁰ MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2012.

ou golpes de estado e, em regra, põe um final nos processos decorrentes. Não se confunde com o ato de indulto, por crime comum, decretado por chefes de estado, sendo este outro instituto jurídico. A anistia é medida adotada frequentemente para pacificação dos espíritos após motins, golpes de estado ou revoluções e em embora não exista no ordenamento jurídico brasileiro uma definição legal para ela, a palavra deriva do grego “*amnestía*” que significa esquecimento, e por isso tem o condão de perdoar quem cometeu alguém ato considerado ilícito. De acordo com Cesar Roberto Bittencourt⁶¹ anistia é “a forma mais antiga de extinção da punibilidade, conhecida no passado como a clemência soberana – “*indugencia principis*””. Para Fernando Capez⁶² anistia é a “lei penal de efeito retroativo que retira as consequências de alguns crimes já praticados, promovendo o seu esquecimento jurídico”. No dizer de Alberto Silva Franco⁶³ “é o ato legislativo com que o Estado renuncia ao “*jus puniendi*”, tendo este como efeito a ação retroativa e irrevogável”.

Como ainda não existe uma definição legal para anistia, cabe doutrina e a jurisprudência preencherem esta lacuna e definir seu entendimento e correta aplicação nos casos práticos. Se ao termo anistia for incluído o adjetivo “política”, sua definição ainda ganha contornos mais complexos e se ressentir ainda mais de interpretação. A aplicação de anistia política é sempre cercada por controvérsias e dúvidas uma vez que quase sempre ocorre quando um sistema político é substituído ou deposto por outro novo. Embora na maioria dos casos ocorra a ruptura político ideológica, não são raros os exemplos nos quais membros de um governo deposto sejam reabilitados e até mesmo perdoados pelos novos donos do poder. Tais situações podem ser comuns, mas sempre trazem consigo polêmicas e divergências quanto à extensão e a amplitude do perdão concedido, em face do que ocorreu no passado em relação aos derrotados.

Em sua análise sobre anistia no Brasil, Roberto Ribeiro Martins⁶⁴ conclui que a despeito de tratar-se de uma tradição ao longo da curta história política nacional, ainda não possui bases doutrinárias sólidas e nem tampouco possuem o caráter reformador que alguns julgam que o instituto tem. Vale dizer que, no Brasil tanto foram anistiadas pessoas acusadas de atentar contra a legalidade ilegítimamente

⁶¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. 1. parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23.

⁶² CAPEZ, Fernando A. N Galvão de. **Curso De Direito Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁶³ FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas Essenciais Direito Penal**. São Paulo: RT, 2010.

⁶⁴ MARTINS, Roberto Ribeiro. **Anistia Ontem e Hoje**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2010.

estabelecida — as que se insurgiram contra as ditaduras do Estado Novo e do regime militar recente, por exemplo —, como as que tentaram subverter a legalidade legitimamente estabelecida, de acordo com os parâmetros democráticos dominantes — aqueles que tentaram dar golpes políticos em 1956 e 1959, por exemplo.

Na última grande transição política ocorrida no Brasil, com a substituição do regime militar de 1964 o instituto da anistia política foi mais uma vez alvo de acirradas discussões e ponto de grandes polêmicas que reacendem as divergências a cada questionamento especialmente pelos que defendem a ampliação dos conceitos de direitos humanos.

O historiador José Honório Rodrigues⁶⁵ utilizou sua obra para denunciar o caráter contrarrevolucionário da prática conciliatória das elites políticas brasileiras. Para ele, a “política de conciliação” é sempre a “conciliação das divergências da minoria dominadora”, seu objetivo principal é mais contornar as contradições entre os grupos dominantes que “conceder benefícios ao povo” e, embora sempre se fale “em pacificação, confraternização”, a ordem é o seu alvo.

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da anistia política foi inserido pela primeira vez no Decreto Legislativo n. 18/61, de 15 de dezembro de 1961, durante o Governo do Presidente João Goulart e fazia referência aos crimes políticos previstos na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.

No Decreto Legislativo nº 18 de 15 de dezembro de 1961, concede anistia aos que praticaram fatos definidos como crimes que menciona:

Art. 1º São anistiados:

- a) os que participaram, direta ou indiretamente, de fatos ocorridos no território nacional, desde 16 de julho de 1934, até a promulgação do Ato Adicional e que constituam crimes políticos definidos em lei, inclusive os definidos nos arts. 6º, 7º e 8º da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, observado o disposto nos artigos 13 e 74 da mesma lei, e mais os que constituam crimes definidos nos arts. 3º, 6º, 7º, 11, 13, 14, 17 e 18 da Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953;
- b) os trabalhadores que participaram de qualquer movimento de natureza grevista no período fixado no art. 1º;
- c) todos os servidores civis, militares e autárquicos que sofreram punições disciplinares ou incorreram em faltas ao serviço no mesmo período, sem prejuízo dos que foram assíduos;
- d) os convocados desertores, insubmissos e refratários;

⁶⁵ RODRIGUES, José Honório. **Independência: Revolução e Contrarrevolução**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.

e) os estudantes que por força de movimentos grevistas ou por falta de frequência no mesmo período estejam ameaçados de perder o ano, bem como os que sofreram penas disciplinares;

f) os jornalistas e os demais incursores em delitos de imprensa e, bem assim, os responsáveis por infrações previstas no Código Eleitoral.

Art. 2º A anistia concedida neste Decreto não dá direito a reversão ao serviço, aposentadoria, passagem para a inatividade remunerada, vencimentos, proventos ou salários atrasados aos que forem demitidos, excluídos ou condenados à perda de postos e patentes, pelos delitos acima referidos. Redação dada pelo Decreto-Lei nº 864, de 1969);

§ 1º - a reversão ao serviço ativo dos anistiados nos termos deste artigo fica condicionada ao despacho favorável dos Ministérios competentes, após o exame de cada caso. (Revogado pelo Decreto-Lei nº 864, de 1969);

§ 2º - Aqueles que, de acordo com o parágrafo anterior, não puderem reverter ao serviço ativo, contarão o tempo do afastamento apenas para efeito de aposentadoria ou reforma no posto que ocupavam quando foram atingidos pela penalidade. (Revogado pelo Decreto-Lei nº 864, de 1969).

Na redação original o artigo 2º determinava a reversão ao serviço ativo dos anistiados e, aos que não pudessem reverter, a contagem do tempo de afastamento para efeito de aposentadoria ou reforma no posto que ocupavam quando foram atingidos pela penalidade. Entretanto, sobreveio o Decreto-lei n. 864/69, esvaziando a anistia nessa parte, ao dar nova redação ao referido art. 2º, *in verbis*: A anistia concedida neste Decreto não dá direito a reversão ao serviço, aposentadoria, passagem para a inatividade remunerada, vencimentos, proventos ou salários atrasados aos que forem demitidos, excluídos ou condenados à perda de postos e patentes, pelos delitos acima referidos.

Num artigo sobre história política brasileira a cientista política Maria Celina D'Araújo⁶⁶ afirmou que a promulgação do Ato Institucional nº 5 em 13 de dezembro de 1968 além de ser o ápice da ditadura militar modificou completamente as relações jurídicas entre as pessoas e provocou uma completa instabilidade jurídica ao estado brasileiro. No seu dizer o AI-5 foi:

Um instrumento de evidente violação dos mais básicos princípios do direito que impedia a concessão de habeas corpus para dissidentes, estudantes, políticos, artistas, jornalistas ou até mesmo parentes de revolucionários capturados ou exilados entre outras arbitrariedades.

⁶⁶ D'ARAÚJO, Maria Celina. **Fatos e Imagens: artigos ilustrados de fatos e conjunturas do Brasil**. Disponível em: < <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/AI5>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

A partir desta excecência jurídica, responsável pelo fechamento do Congresso Nacional e pela concentração de poder nas mãos do Presidente da República, a ditadura militar adquiriu sua face mais absolutista e cruel e também provocou o exílio de centenas de brasileiros que foram obrigados a deixar o país apenas por se opor ao regime instituído. Nos anos que se seguiram ao AI-5, durante o governo do General Emílio Garrastazu Médici (1969-1974) qualquer discussão política contrária ao governo não podia ser nem mesmo aventada. Já no governo do General Ernesto Geisel (1974-1979) houve o início de um processo de distensão lenta, mas segura. Geisel passou ao seu sucessor um quadro mais flexível no campo político ideológico: desestabilizou os aparelhos de tortura de presos políticos, abrandou a Lei da Segurança Nacional, eliminou a censura à imprensa, além de revogar o arbitrário instrumento de poder AI-5.

Embora menos rígido que o anterior, o governo Geisel, em decisões consideradas despóticas, porém adequadas por parte da sociedade brasileira, ainda cassou mandatos parlamentares, fechou o Congresso e decretou uma reforma no Judiciário. Foi, portanto, como em qualquer outro durante o regime militar, responsável por mortes, torturas, prisões, censura, cassações e o fechamento do Congresso. Neste aspecto ele não pode ser julgado fora do contexto do regime de exceção que se instaurou o golpe de 64, um período envolvido pelo ambiente da polarização ideológica da Guerra Fria.

Cabe ressaltar, porém que Geisel plantou uma semente de redemocratização. Pegou as rédeas do governo num ambiente de absoluta rigidez política ideológica implantado por Médici – o qual soube aproveitar sua autoridade máxima e ilimitada, legalizada pelo AI-5, para conduzir o Brasil com mão de ferro –, e deixou-as sob o controle do General João Batista de Figueiredo (1979-1985).

Com a chegada do General Figueiredo ao poder, em meio a uma grave crise econômica e por força da pressão de diversos setores da sociedade, incluindo intelectuais e engajados políticos e estudantes foi possível continuar a discutir as atitudes da ditadura militar, tendo prosseguimento ao processo de transição do país para uma democracia iniciado por Geisel. O governo Figueiredo em reconhecida postura mais maleável fez com que o processo avançasse consideravelmente, embora de forma discutível porque fazia parte do problema e conduzia as discussões sob rígida doutrina basilar dos militares.

Nesta fase, os pontos fundamentais do processo de abertura política do país entre outros pontos eram a abolição do sistema bipartidário, a adoção de eleição direta para presidente e a anistia política dos militares e perseguidos políticos. Inicialmente, o projeto de anistia não iria beneficiar todos envolvidos com crimes políticos, no entanto, o projeto de lei sofreu alterações que perdoava todos os acusados de praticar tortura e devolvia direitos políticos plenos aos exilados. O governo permitiu a criação do Comitê Brasileiro de Anistia, que funcionava na Associação Brasileira de Imprensa, órgão que teve grande importância para pressionar o governo a alterar o projeto e ampliar os efeitos da anistia que iria ser proposta.

3.1 O Abrandamento da Doutrina de Segurança Nacional

Outra questão que também contribuiu para o processo de abertura política no Brasil foi o abrandamento da doutrina de segurança nacional imposta pelo regime militar. A Lei de Segurança Nacional havia sido criada visando a garantia da ordem e da proteção do estado contra a deterioração legislativa, ou seja, contra a chamada e muito utilizada atualmente em termos jurídicos, a "subversão das leis". Durante o regime militar, as duas primeiras versões da LSN (a de 1967 e a de 1969) implementavam, segundo os juristas, uma doutrina de Segurança Nacional influenciada pela Guerra Fria. Nela havia uma preocupação acentuada em proteger o Estado contra um "inimigo interno", em nosso caso, naquela conjuntura, pessoas tidas como comprometidas com ideais políticos diferentes daqueles preconizados pelos militares.

Com a abertura política e o final do A-I 5, uma lei mais branda que as anteriores (Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, foi promulgada durante o governo Figueiredo, sendo depois recepcionada pela Constituição de 1988 tratou de abrandar a doutrina de segurança nacional, possibilitando com isso uma oxigenação ideológica e uma visão mais democrática do processo político que implicou necessariamente na discussão sobre o perdão aos inimigos do governo.

3.2 A Lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979

Durante todo o período da ditadura militar ocorreram tentativas dos derrotados pelo regime implantado de conseguir anistia política, porém somente veio a ganhar impulso com o engajamento de diversos setores da sociedade, especialmente a partir de 1975, quando D. Paulo Evaristo Arns encaminhou, “um pedido de ampla e generosa anistia para os presos políticos às autoridades brasileiras”. A partir deste pedido se iniciou uma campanha organizada pela anistia de modo mais concreto, dando origem no mesmo ano ao Movimento Feminino Pela Anistia (MFPA), organizado inicialmente em São Paulo sob o comando de Therezinha Godoy Zerbini.⁶⁷ E em 1º de fevereiro de 1978 foi lançado oficialmente, no Rio de Janeiro, o primeiro Comitê Brasileiro de Anistia, num movimento crescente que levou a que, em novembro de 1978, se realizasse o I Congresso Nacional pela Anistia, em São Paulo.

Esse processo de reorganização do cenário político brasileiro embora não tivesse unanimidade junto à população envolveu grande parte dos intelectuais brasileiros e das pessoas mais engajadas politicamente. A transição foi difícil e alguns partidários do regime militar chegaram a realizar atentados contra manifestações públicas e contra a abertura política. O maior desses incidentes aconteceu em 1º de maio de 1980, uma festa do dia do Trabalhador que ocorria no Rio Centro. Um militar morreu durante a explosão de uma bomba que seria supostamente plantada no palco do comício que acontecia durante a festa.

Apesar de tudo isto, a redemocratização do Brasil prosseguiu de forma lenta e gradual, de acordo com a disposição do governo militar, sendo depois proposta uma emenda a Constituição (estava em vigor a emenda nº1 de 1969), visando estabelecer eleição presidencial direta para o ano de 1985. A emenda não passou e um novo plano de transição democrática acabou vigorando. Nas eleições de 1985, o processo eleitoral ainda indireto foi disputado por dois candidatos civis Paulo Salim Maluf e Tancredo Neves, tendo este último vencido o pleito.

⁶⁷ Folha de São Paulo. Minha História. **A 'burguesona' que foi à luta**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/51985-a-burguesona-que-foi-a-luta.shtml>. Acesso em: 05 set. 2013.

Um dos pontos da redemocratização do país, a Lei da Anistia foi o nome popular que batizou a Lei nº 6.683/79, promulgada em pleno mandato do General Figueiredo, em de 28 de agosto de 1979, numa fase considerada mais branda do governo militar pós 1964. Ela se concretizou graças ao intenso clamor da sociedade e a firme atuação do Comitê Brasileiro de Anistia, que funcionava na Associação Brasileira de Imprensa. Com o consenso possível para a época a lei procurou, pelo menos na visão do governo militar, ser abrangente e explicativa, conforme pode ser constatado já em seu primeiro artigo:⁶⁸

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 conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares ... (vetado).

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

Logo após sua promulgação, entretanto recebeu severas críticas da classe política porque com o perdão concedido não apenas os presos, torturados e exilados podiam caminhar livremente pelo Brasil, mas também os torturadores e assassinos que trabalharam a serviço do regime. Os parlamentares do antigo partido MDB criticaram o fato de alguns presos serem soltos somente no mês de dezembro daquele ano. Também argumentaram que não havia garantias para que os servidores públicos prejudicados pelos atos institucionais retornassem normalmente às suas atividades.

Com o encerramento do regime militar, embora as autoridades do novo Estado de Direito, instituído pela Constituição de 1988, devesse ter exercido sua obrigação fundamental de agir contra os responsáveis pelas violações de Direitos Humanos, isto não ocorreu.

No campo penal, interpretou-se falsamente a Lei de Anistia, como tendo abrangido pela anistia os agentes públicos, mandantes ou executores, que haviam cometido crimes contra a vida e a integridade pessoal dos cidadãos considerados opositores políticos do regime. E assim sucedeu, porque os delitos praticados pelos

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 12 ago. 2013.

agentes do Estado foram considerados, com base na lei, conexos com os imputados aos opositores políticos.

3.3 Os conflitos de interesses entrê repressores e reprimidos

Até hoje, 34 anos após sua promulgação, isto ainda é discutido e a Lei da Anistia é fruto de acirrados debates sobre sua eficácia, sobre a vontade do legislador e até mesmo sobre a forma como foi recepcionada pela Constituição de 1988.

Numa avaliação apriorística de que a lei de anistia buscou uma abrangência geral e irrestrita, os conflitos de interesses entre os dissidentes ou antigos presos políticos e os agentes do Estado que foram encarregados de reprimi-los durante a ditadura militar nunca cessaram e nem mesmo se amainaram. Em sentido contrário ao que propunha o legislador originalmente, os ânimos foram se acirrando à medida que o tempo passou e as liberdades e garantias individuais se consolidaram, notadamente a partir da CF de 1988. Enquanto por um lado alguns entendem que a anistia tinha efeito absoluto deveria atingir a todos envolvidos, outros entendem que ela beneficiou eventualmente torturadores e demais agentes do Estado, os quais devem responder pelos seus atos, independente do perdão que concedido.

Em geral as famílias de desaparecidos políticos ou os anistiados acusam os agentes do Estado de graves violações aos direitos humanos com a execução de prisões ilegais, tortura, homicídio e desaparecimento forçado de pessoas durante as ações de repressão. Esta corrente defende que os crimes políticos ou conexos praticados por tais agentes não podem ser perdoados pela Lei da Anistia, uma vez que esta é anterior à CF e por isso os efeitos do dispositivo constitucional que veda a anistia a torturadores tem validade para os crimes cometidos anteriormente à sua promulgação.

Por outro lado, os que desposam um entendimento não revisionista alegam que a vedação à concessão de anistia a crimes pela prática de tortura, prevista na Constituição em 1988, não poderá jamais retroagir para alcançar a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, tendo em vista outro princípio constitucional que é o da irretroatividade da lei penal.

O tema não está pacificado e atualmente as várias entidades de defesa dos direitos humanos, familiares de perseguidos ou desaparecidos políticos e a própria Ordem dos Advogados do Brasil apoiam a tese de que o legislador cometeu uma evidente desproporção entre o benefício que a lei proporcionou aos presos políticos em relação aos agentes do Estado que eventualmente tenham praticado torturas e outros crimes, invocando o fato de que o Brasil é signatário de diversos documentos da Organização das Nações Unidas, segundo os quais a tortura é um crime comum, e imprescritível.

Existe também uma posição intermediária de parte do governo, segundo a qual a lei de anistia pode ser revisada, porque ela é anterior aos efeitos da Constituição de 1988, no entanto somente o Congresso Nacional poderá fazer isto por meio de uma Emenda Constitucional, com todo o rito legislativo que isto significa.

3.4 Anistia Política e Direitos Humanos

Na segunda metade do século XIX iniciou-se um processo de internacionalização da proteção aos Direitos Humanos onde fundamentalmente foram alvos a luta contra a escravidão, a regulação dos direitos dos trabalhadores assalariados e o direito humanitário. Este processo terminou após a Segunda Guerra Mundial⁶⁹ e culminou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e com o surgimento de várias organizações internacionais, como a própria ONU, cujo propósito é, entre outros, manter a paz, melhores padrões de vida e proteger os direitos humanos em todos os países.

A partir da década de 1950 com a ampliação dos organismos internacionais de controle houve também no mundo um significativo desenvolvimento do Direito Internacional Público, e dos mecanismos de acompanhamento e proteção aos direitos universalmente consagrados, fazendo com que as decisões colegiadas passassem a ter maior relevância no cenário mundial.

⁶⁹ DUARTE, Mônica. **Execução de Organismos Internacionais de Proteção de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. UNIVALI, 2010. p. 20.

Em termos das disposições internacionais e das regras de Jus Cogens surgidas em consequência deste contexto, embora no respeitável entendimento de Hildebrando Accioly, o Direito Internacional Público possa ser expresso como:

O conjunto de normas jurídicas que regulam as relações mútuas dos Estados e, subsidiariamente, as das demais pessoas internacionais como determinadas organizações e os indivíduos.⁷⁰

Vale a pena salientar a posição de Valério de Oliveira Mazzuoli segundo o qual “somente os Estados podem ser sujeitos de direito internacional, pois somente eles são capazes de contrair direitos e obrigações estabelecidas pela ordem jurídica internacional”.⁷¹

Assim, muitas decisões a respeito de ordenamento jurídico interno dos Estados passaram a ser entendido não como um direito individual, mas sim como um direito coletivo e cujo titular era o Estado.

3.5 Disposições Internacionais Sobre Anistia e Direitos Humanos

Com base no entendimento universal de que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados, a proteção dos direitos humanos foi sendo ampliada para todos os países membros da ONU, na medida em que surgiram disposições vinculantes na forma de convenções e tratados internacionais. Nestes prevaleceram os fundamentos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo os quais só podem ser realizados o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

⁷⁰ ACCIOLLY, Hildebrando; Casella, Paulo Borba; Silva, Geraldo E. do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.3.

⁷¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 11.

Em se tratando de direitos humanos, atualmente a ONU conta com sete tratados:

- a) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC);
- b) Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP);
- c) Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (CIEDR);
- d) Convenção sobre todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW - Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women);
- e) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CCT - Convenção Contra a Tortura);
- f) Convenção sobre os Direitos da Criança (CRC – Convention on the Rights of the Child), e;
- g) Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Suas Famílias.

Cada um desses sete tratados tem um corpo de monitoramento o qual é composto por especialistas independentes que examinam os relatórios que as nações signatárias enviam referentes a cada um dos tratados. Esses comitês também estão a cargo de fazer “observações/comentários conclusivos”, nos quais sintetizam suas considerações sobre certos Estados e também tecem recomendações para o futuro.

Quatro dos comitês dos tratados têm mecanismos próprios, sob a perspectiva de cada um de seus tratados, para lidar diretamente com denúncias individuais de violações dos direitos humanos. Esses quatro organismos são:

- a) Comitê de Direitos Humanos da PIDCP;
- b) Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial da CIEDR;
- c) Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres da CEDAW; e
- d) Comitê contra a Tortura da CCT.

Existem normas precisas quando um indivíduo quer apresentar formalmente uma denúncia a um dos organismos de monitoramento. Antes, todas as possibilidades jurídicas domésticas para a solução do problema devem ser esgotadas. O denunciante, também, deve estar sob a jurisdição de um Estado signatário do tratado em questão. Nenhuma denúncia deve ser anônima, ela deve

ser feita tanto pela vítima, ou por um representante da vítima, ou, em casos circunstanciais que impossibilitem a manifestação de qualquer uma dessas partes, uma terceira parte, não anônima, poderá apresentar a denúncia. O fato denunciado deve ocorrer na data ou após a data que um tratado entrou em vigor, ou após a data que o Estado em questão tenha assinado o referido tratado.

3.6 Dualidade entre Anistia e Proteção aos Direitos Humanos

Nas três últimas décadas do século XX, verificou-se nos países latino-americanos forte movimento social que influenciou para a recondução de Estados como Brasil, Chile e Argentina à democracia.⁷² As “novas” democracias tiveram em comum o fato de fazerem suas respectivas transições de forma relativamente pacífica, sem a dependência de confronto violento direto entre sociedade civil e governos. Tal tranquilidade relativa não foi suficiente, no entanto para evitar sérias violações de direitos humanos e diversos questionamentos que ocorreram entre os anistiados e o Estado.

A cobrança por medidas destinadas ao retorno de exilados e libertação de encarcerados políticos, bem como pela localização de desaparecidos e punição aos agentes do Estado responsáveis pelo cometimento de atrocidades contra essa mesma população, levou países como o Brasil a editarem as chamadas “leis de anistia” durante o período em que se “negociava” o processo de redemocratização. Essas leis, em que pese tenham contado com o apoio popular em parte dos países latino-americanos, foram desvirtuadas para abarcar ou proteger de eventuais punições os próprios Estados violadores, muitas vezes não impedindo apenas a persecução criminal de seus agentes, mas também a sua responsabilização civil em benefício das vítimas dos regimes autoritários.

A anistia concedida, além disso, a exemplo da que ocorreu no Brasil, sequer chegou a alcançar o fim colimado pela sociedade civil, uma vez que parte das reivindicações, a qual esperava uma “anistia ampla e irrestrita”, não foi acolhida

⁷² OLIVEIRA, Lisiane Dutra de. **Os Problemas da Auto Anistia e o Caso Brasileiro**. Monografia Educação em Direitos Humanos na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

pelos governos, mantendo presos políticos e também submetendo nacionais à permanência no exílio.

Conflito de interesses e discordância política nunca foram novidades na história, em 1961, o advogado Inglês Peter Benenson lançou uma campanha mundial ("Apelo para Anistia 1961") com a publicação de um artigo proeminente "Os Prisioneiros Esquecidos" no Jornal "The Observer". A notícia da detenção de dois estudantes portugueses que elevaram os seus copos para brindar em público à liberdade, levou Benenson a escrever este artigo. O seu apelo foi publicado em muitos outros jornais pelo mundo fora se tornando assim na gênese de uma organização não governamental chamada Anistia Internacional que até os dias de hoje desenvolve ações para minimizar tais conflitos.

Ao analisar o tema da anistia para crimes praticados durante os regimes de exceção, é inevitável a revisão do passado e o questionamento de atitudes dos repressores e dos reprimidos. Em geral a anistia é concedida após períodos de conflitos internos dilacerantes, as anistias teriam o objetivo de criar condições para chegar à reconciliação. Em nome dessa suposta reconciliação, sacrifica-se a justiça, quando não também a verdade. A ideia de anistia como isenção de punição e acompanhada ou não de esquecimento oficial, longe de ser um fenômeno recente e limitado às transições democráticas na América Latina ou na Europa Oriental pós-comunista, encontra vários antecedentes desde a Grécia antiga até os dias de hoje. Um dos exemplos históricos mais citados é o Édito de Nantes de Henrique IV, que, em 1598, impôs o esquecimento dos abusos cometidos nas guerras religiosas sob pena de persecução criminal. Decretava-se, assim, o esquecimento como instrumento da continuidade do corpo social, tendo como pressuposto a noção de que a memória das atrocidades perpetuaria as divisões e alimentaria o círculo vicioso da vingança e da violência.

Neste sentido a anistia é utilizada como uma espécie de "terapia social" de urgência sob o signo da utilidade, mas significa igualmente um claro atentado à verdade e à justiça. Essa constatação ilustra a dualidade que tende a se manifestar nos debates sobre anistia: polarização entre opções excludentes em que ao esquecimento oficial por meio da impunidade opõe-se um dever de memória e de justiça.

Na visão utilitária da anistia, seu efeito seria o de gerar condições para que a sociedade "não continue em cólera com ela mesma". Numa visão, por assim dizer,

de princípio sobre os direitos humanos, nenhuma sociedade saudável poderia ser edificada tendo como base o esquecimento dos abusos, uma vez que a verdade e a justiça seriam pré-requisitos para a consolidação democrática e a prevenção de novas atrocidades. O risco seria não apenas o de repetir os erros do passado, mas o de produzir efeito contrário ao pretendido. A impunidade, longe de favorecer a reconciliação, permaneceria como um passivo que insistiria em ressurgir por força da memória das vítimas e de seus familiares, introduzindo elemento de perturbação da suposta coesão social.

3.7 Conflitos da Nova Ordem Jurídica

A Organização das Nações Unidas (ONU), desde 1985, com a publicação de um relatório preliminar acerca das leis de anistia, por meio do relator especial, Louis Joinet, adota uma postura, doravante definitiva, de rechaço às anistias brancas ou autoanistias, ao indicar que os crimes internacionais que implicam graves e sistemáticas violações dos direitos humanos e os crimes contra a humanidade não devem ser abrangidos por possível perdão, pois nestes casos não se fomenta a reconciliação nacional, mas se assegura a impunidade dos agentes responsáveis por tais violações.⁷³

A partir daí, publicam-se inúmeras recomendações, resoluções, relatórios e instrumentos normativos que vedam direta ou indiretamente a concessão de anistias aos agentes de regimes autoritários.

A discussão sobre a da Lei de Anistia no Brasil, diferentemente do ocorrido na Argentina ou Chile, levou muito mais tempo para ser suscitada nos tribunais.

O Brasil é signatário de tratados internacionais que o incluem em diversos sistemas de proteção dos Direitos Humanos, inclusive se submetendo ao julgamento de organismos internacionais, especialmente ao International Criminal Court (Tribunal Internacional), criado pelo Estatuto de Roma, que não estabelece prescrição para os crimes contra a humanidade, entre eles definidos tortura e a

⁷³ ONU. Comissão de Direitos Humanos. **Relatório Preliminar de Louis Joinet**, Relator Especial, 21 jun.1985, §§ 51,59/60,78.

prática de outros atos desumanos que causem grande sofrimento, ou sério dano ao corpo ou à saúde mental e física de um indivíduo.

O Brasil é igualmente signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que o vincula aos conceitos dessa Convenção, na medida em que tais conceitos foram assumidos pelo nosso País, em 6 de novembro de 1992, através do Decreto nº 678, nos termos do seu artigo 2º, para o fim de alterar a sua legislação interna, visando à defesa e à integridade física e moral do indivíduo.⁷⁴

Apenas em abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal (STF) pronunciou-se a respeito do tema na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153. Na sequência, em novembro de 2010, foi proferida a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) no Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), que trata do tema de uma perspectiva distinta. Enquanto o STF declarou que a Lei de Anistia foi recebida por leis posteriores em seu conjunto, não havendo o que discutir quanto à sua validade e vigência, a CIDH afirmou que as disposições da Lei de Anistia brasileira são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), da qual o Brasil é parte.

Esse conflito de entendimentos jurídicos acima descritos mostra que, de um lado, a CIDH teria examinado a questão sob o prisma das obrigações de direitos humanos assumidas no âmbito internacional e, de outro, o STF teria levado em conta o contexto político interno, em que a Lei de Anistia se legitima por sua utilidade no fortalecimento da reconciliação durante a transição democrática. Isso não significa que o STF não tenha fundamentado juridicamente sua decisão nem que a CIDH tenha feito vista grossa à realidade política interna. Na verdade, trata-se aqui do peso relativo conferido a cada um desses elementos na argumentação e justificação das decisões. Como será visto, os exemplos da Argentina e do Uruguai serão evocados para ilustrar as diferenças e semelhanças com o caso brasileiro, revelando como varia, de país para país, o peso relativo conferido a cada elemento

⁷⁴ OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica. Artigo 5º - Direito à integridade pessoal: 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral; 2. 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. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 02 set. 2013.

do debate jurídico sobre a anistia. Essa exposição comparativa permitirá demonstrar que o raciocínio jurídico que prevalece na Argentina e no Uruguai está mais próximo da argumentação da CIDH. As diferenças entre os países refletem, obviamente, realidades históricas, culturais e sociais distintas, mas permitem também contrastar formas diversas de encarar o papel da justiça e da política na sacralização de uma memória coletiva no processo de transição e consolidação democráticas.

Para uma breve análise dos conflitos ocorridos entre novos ordenamentos jurídicos e crimes cometidos anteriores a eles na história da humanidade basta verificar o exemplo das Grandes Guerras Mundiais que impuseram nos derrotados completas transformações em suas estruturas legais e em certos casos uma intervenção direta no arcabouço jurídico com a inserção de mecanismos de controle contra violações de direitos humanos.

3.7.1 Na Argentina

O Estado Argentino sofreu diversas turbulências institucionais quase sempre marcados por golpes militares, revoluções e a dominação de caudilhos que governaram em regimes centralizadores e ditatoriais. Um dos mais recentes movimentos golpistas instituiu a ditadura na Argentina no ano de 1966, por meio de um golpe de estado que depôs o então presidente Arturo Illia, que exercia o cargo legalmente dentro da constituição. Os militares assumiram o poder do país, numa conjuntura política mundial na qual se destacava a Guerra Fria, portanto como estes eram defensores da extrema direita, passou a governar com o discurso de combater os males do comunismo.

Esta primeira fase da ditadura na Argentina teve uma série de governos de militares até 1973 e embora seu tempo de vigência tenha sido de apenas sete anos, bem menos do que os 21 anos de ditadura militar no Brasil, foi tempo suficiente para ser acusada de várias atrocidades cometidas pelos seus representantes.

Em 24 de março de 1976, ocorreu outro golpe que pôs fim ao governo da Presidente Isabelita Perón e instalou no poder uma junta militar constituída pelos comandantes das três Forças Armadas: Jorge Rafael Videla (Exército), Emilio Massera (Marinha) e Orlando Agostín (Força Aérea). Assim como os outros

governos golpistas este grupo denominou o movimento de Processo de Reorganização Nacional. Na sequência, Jorge Videla assumiu de fato a presidência da República.

Este processo que perdurou até 1983 foi caracterizado por violência política e perseguição aos opositores, notadamente as facções de esquerda e direita do movimento peronista (ligado ao ex-presidente Juan Domingo Peron, que já havia falecido). De acordo com dados da Anistia Internacional ocorreu o desaparecimento de cerca de 30.000 opositores do regime. O governo militar sequestrou, torturou e assassinou milhares de dissidentes e suspeitos políticos de todos os tipos, incluindo médicos e advogados, que ofereciam apoio profissional aos perseguidos e estabeleceu centros clandestinos de detenção para executar tais tarefas de guerra suja.

Em 1982, com a derrota argentina frente ao Reino Unido, na Guerra das Malvinas, a ditadura militar não conseguiu mais se manter e foi substituída por um regime democrático com eleições para presidente e a volta do poder as mãos de civis.

Em seu artigo sobre Relações Internacionais na Constituição da Argentina Salomão Almeida Barbosa⁷⁵ lembra que lei máxima daquele país havia sido sancionada pelo congresso nacional constituinte em 1º de maio de 1853, e as diversas reformas apresentadas pelos militares haviam provocado significativas violações. De fato a Constituição Argentina ainda sofreu reformas até a última em 1994.

Em termos de revisionismo dos atos dos agentes do estado durante o governo militar na Argentina foram promulgadas diversas leis entre as quais a Lei 23.492, chamada Lei de Ponto Final, de 1986 durante a presidência do civil Raul Alfonsín, estabelecendo a paralisação dos processos judiciais contra os autores das detenções ilegais, torturas e assassinatos que ocorreram na etapa de ditadura militar, que começou com o golpe de estado. Esta lei praticamente sancionou a impunidade dos militares pelo desaparecimento das pessoas e foi objeto de uma grande polêmica na época.

⁷⁵ BARBOSA, Salomão Almeida. As Relações Internacionais na Constituição da Argentina. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 7, n. 74, p.01-14, ago/set, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/PDF/SalomaoBarbosa_Rev74.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2013.

Seu texto é muito curto, com apenas sete artigos; ditava o fim da pesquisa e perseguição dos acusados de violência política durante a ditadura, até a restauração do regime democrático a 10 de Dezembro de 1983, anistiando todos na prática. Num dos seus parágrafos indicava literalmente: "extinguir-se-á a ação penal contra toda pessoa que cometesse delitos ligados com a instauração de formas violentas de ação política até a 10 de Dezembro de 1983".

O artigo nº 5 excetuava a aplicação da lei em casos de falsificação de identidade e desaparecimento de menores. Este caso ocorrera como sequestro de bebês, filhos de prisioneiras políticas destinadas a desaparecer, que eram em geral adotados por militares, que apagavam as pegadas da verdadeira identidade dos bebês.

Em complemento a esta legislação foi promulgada também a Lei de Obediência Devida Nº 23.521, em 4 de Junho de 1987 que estabeleceu uma presunção "*iuris et de iure*" (que não admite prova em contrário) que os feitos cometidos pelos membros das forças armadas, durante o combate aos dissidentes subversivos no Processo de Reorganização Nacional, não eram puníveis por terem aqueles agido em virtude de obediência devida.

A lei da obediência devida surgiu para acalmar o descontente do Exército Argentino, eximindo os militares de baixa patente da responsabilidade pelos delitos cometidos sob mandato castrense. Desse modo, ocorreu uma anistia para a maioria dos implicados no terrorismo de Estado. Uma das maiores críticas a lei da obediência devida foi o fato de alguns dos beneficiados terem contra si numerosas provas da comissão de delitos de lesa humanidade.

Quase vinte anos depois, em 2003, a Lei de Ponto Final e, a Lei de Obediência Devida foram derogadas, embora sem efeitos retroativos. Em Junho de 2004, uma sentença da juíza Cristina Garzón de Lascano da Província de Córdoba declarou ambas as normas insanavelmente nulas, dando assim lugar à causa judicial contra acusados de delitos ainda não prescritos, o que compreende todos os crimes de lesa humanidade. Muitos militares que foram responsáveis pela repressão naquela província foram presos e respondem processos de sequestro, tortura, homicídio e desaparecimento de várias pessoas.

Com base nisto, a Comissão de Justiça da Câmara de Deputados examinou a possibilidade de declarar também nulos os indultos pelos quais o ex-presidente

Carlos Saul Menem deixou em liberdade vários dos máximos responsáveis pelas violações aos direitos humanos durante a ditadura militar.

Após desenvolver uma análise crítica, sob a perspectiva comparada, Paola Bianchi Wojciechowski conclui sustentando que o:

Estado argentino destaca-se, no âmbito internacional, pela completa absorção dos mecanismos da Justiça de Transição, conferindo efetividade ao direito à justiça, ao afastar a aplicação da Ley de Pacificación Nacional (Lei 22.924/1983), Leys de Puno Final (Lei 23.492/1986) e Obediencia Debida (Lei 23.521/1987) e bani-las do ordenamento jurídico doméstico, por meio de decisão da Suprema Corte, em plena consonância com os instrumentos normativos e ius cogens integrantes do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos.⁷⁶

Finalmente ambas as leis foram declaradas nulas pela Corte Suprema de Justiça, por serem inconstitucionais a 14 de Junho de 2005. Isto permitiu a reabertura dos casos relacionados com crimes praticados pelos militares e vem formando jurisprudência ao reconhecer que o terrorismo de estado da ditadura era uma forma de genocídio.

3.7.2 No Chile

Os diversos interesses econômicos existentes no Chile no período pós-Segunda Guerra Mundial impuseram ao país um modelo capitalista com destacadas relações com os Estados Unidos. Na década de 1960 o cenário que tinha como pano de fundo o desenvolvimento calcado na exportação de minérios e a ampliação do parque industrial possuía também sérios problemas sociais e provocava em plena época de Guerra Fria, uma vida política bastante agitada com a consolidação de partidos políticos que discutiam os projetos que resolveriam as mazelas sociais que atingiam boa parte da população. Para alguns setores da sociedade chilena a solução estava nos movimentos de mudança que se dividiam entre aqueles que apoiavam uma revolução aos moldes da experiência cubana e outros que defendiam

⁷⁶ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis de anistia e os sistema internacional de proteção dos direitos humanos: estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile**. Curitiba: Juruá, 2013.

a utilização das vias democrático-partidárias e reformas políticas como instrumento de transformação.

O presidente Eduardo Frei foi eleito nesta época e apresentou logo um frágil conjunto de reformas que não alcançou os objetivos esperados. Dessa maneira, comunistas e socialistas se mobilizaram em torno da Unidade Popular, partido que acabou elegendo o presidente Salvador Allende.⁷⁷ Desta forma, após décadas de luta e mobilização, os setores de esquerda conseguiram se organizar e eleger uma figura comprometida com as lutas populares da nação.

Entre suas primeiras medidas no poder, Allende preferiu seguir uma política independente em relação aos Estados Unidos e defendeu a nacionalização das empresas norte-americanas que se encontravam no país. Imediatamente, setores políticos conservadores e as próprias autoridades estadunidenses passaram a ver com receio as propostas do novo presidente. Além disso, o governo de Allende teve que enfrentar uma crise do cobre no mercado internacional, que, na época, representava uma boa parcela da economia chilena.

A diminuição dos preços do cobre acarretou em uma elevação no preço dos alimentos mediante a forte dependência da economia chilena em relação a seus recursos minerais. Aproveitando da situação desfavorável, os EUA e os conservadores chilenos instigaram a organização de manifestações contrárias ao governo Salvador Allende. Em pouco tempo, um grupo de militares golpistas se formou com o objetivo de dar fim ao domínio dos socialistas.

Em setembro de 1973, as Forças Armadas do Chile – com expressivo apoio dos Estados Unidos – organizaram um golpe que pretendiam depor o presidente Salvador Allende. Resistindo até o último momento, o presidente preferiu atentar contra a própria vida quando o grupo de militares promoveu a invasão do Palácio La Moneda. Com a morte do presidente Allende, uma junta militar liderada pelo General Augusto Pinochet estabeleceu uma rígida ditadura militar que durou anos.

O governo Pinochet ficou marcado como um dos mais violentos regimes ditatoriais latino-americanos. Dados indicam que cerca de 60 mil pessoas foram mortas ou desapareceram, e 200 mil abandonaram o país durante o período em que Pinochet esteve no poder. Apenas no final da década de 1980, as pressões políticas

⁷⁷ Sobre a Ditadura Chilena vale consultar o artigo de Rainer Sousa. Disponível em: <<http://www.brasilescola.com/historia-da-america/ditadura-chilena.htm>>. Acesso em: 18 jul. 13.

internacionais e internas passaram a desestabilizar a ditadura chilena. Em 1988, um plebiscito previsto na Constituição negou a renovação do mandato de Pinochet.

No ano seguinte, novas eleições presidenciais colocaram Patricio Aylwin Azocar, da frente política oposicionista, popularmente conhecida como "Concentración", no poder. A partir de então, o Chile viveu um processo de redemocratização marcado pela denúncia e punição dos militares envolvidos com crimes políticos. Entretanto, Pinochet continuou no poder como chefe do Exército, e somente deixou o cargo em 1998 quando o mesmo assumiu o posto de senador vitalício. Naquele mesmo ano, em uma missão diplomática na Inglaterra, Augusto Pinochet teve sua prisão decretada pelo juiz espanhol Baltasar Garzón. O pedido foi acatado pelas autoridades britânicas, mas, quinze meses depois, a prisão do ex-ditador conseguiu ser burlada com um pedido de licença médica. Voltando ao Chile, um forte movimento se organizou em favor do julgamento dos crimes políticos atribuídos ao antigo representante da ditadura chilena.

No ano de 2002, as autoridades judiciais chilenas decidiram arquivar o processo contra Pinochet, alegando o avançado estado de suas debilidades físicas. Pouco tempo depois, o ex-general de 86 anos de idade renunciou a seu cargo saindo finalmente da vida pública. Em 2004, novas denúncias indicavam a existência de contas secretas multimilionárias onde o ex-ditador acumulava os recursos provenientes das nações que apoiaram o golpe e outras transações ilegais. No final de 2006, Pinochet faleceu sem nunca ser efetivamente condenado pelos crimes que cometeu.

Recentemente a discussão sobre a apuração dos crimes da ditadura militar chilena ganhou força com a decisão da Justiça de prender seis suspeitos do assassinato do ex-presidente Eduardo Frei Montalva (1964-1970) por envenenamento. A então, Presidente Michelle Bachelet sinalizou sobre a possibilidade de aprovação no Congresso Nacional de projetos referentes à Lei de Anistia e aos direitos humanos, o tema virou assunto nos palanques dos quatro candidatos à sucessão presidencial e não prosperou.

Em 11 de março de 2010, assumiu a Presidência do Chile o empresário Miguel Juan Sebastian Piñera Echenique, sucedendo Michelle Bachelet. Como membro do partido de centro-direita Renovación Nacional houve uma mudança de rumo na discussão das questões envolvendo a apuração de crimes durante o governo Pinochet. Embora tenha sido reativada a Comissão da Verdade e

Reconciliação com o objetivo de compilar uma lista das vítimas de direitos humanos violados e identificar as partes culpadas, o governo Sebastian Piñera não atendeu aos apelos dos grupos ligados a Igreja e aos parentes dos desaparecidos políticos, e isso causou certo desconforto político.

Para Paola Bianchi Wojciechowski:

da mesma forma atuou o governo pós-autoritário de Patricio Aylwin, no Chile, cuja conquista mais significativa, no âmbito de proteção do direito à verdade, consistiu na formação de uma Comissão Nacional da Verdade e Reconciliação, logo nos primórdios da restauração democrática, a fim de esclarecer a verdade dos fatos ocorridos durante o regime militar liderado por Pinochet (1973-1988). (...) A análise dos inúmeros julgados no Chile, (...) permite concluir que os tribunais chilenos desempenharam um evidente esforço hermenêutico a fim de afastar a aplicação da lei de anistia. Empenho que deve ser estendido à busca por uma necessária harmonização entre a jurisprudência doméstica e os ditames internacionais da Justiça de Transição, de modo que os juízes, tribunais e Corte Suprema devem ser guiados não só pelas obrigações assumidas diante da ratificação de tratados e convenções, mas também decorrentes do *ius cogens* internacional.⁷⁸

O perfil conservador do atual presidente Piñera fez com que fossem acirradas as pressões para revisão da anistia concedida aos militares e aos dissidentes políticos do regime, por diversos setores e também pelas organizações internacionais de proteção de direitos humanos, embora o assunto até hoje dívida à sociedade chilena.

3.7.3 No Peru

Entre 1980 e 2000, o Peru viveu uma situação de instabilidade política e econômica que provocou um conflito armado interno onde ocorreu uma violência sem precedentes entre as forças do governo e grupos guerrilheiros entre os quais o Sendero Luminoso, Ronda Campesina e Movimento Revolucionário Tupac Amaru (MRTA), entre outros. Este conflito interno deixou um saldo doloroso de mortes e

⁷⁸ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis de anistia e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos: estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile**. Curitiba: Juruá, 2013.

vítimas de crimes diversos, bem como propiciou graves violações aos direitos humanos, tornando-se mais sangrento que qualquer outra guerra da história do país. As consequências do processo de violência provocaram o pânico na população pela ocorrência de ações terroristas, confrontos armados e homicídios coletivos. De acordo com dados compilados pelo Gabinete do Provedor de Justiça⁷⁹, 4.236 pessoas foram presas e depois desapareceram nas mãos dos agentes do Estado. Casos de tortura e abuso foram frequentes e cerca de 600.000 pessoas foram afetadas diretamente ao ponto que serem forçados a deixar suas casas. O país sofreu um movimento de deslocamento interno da população que afetou significativamente a geopolítica e a economia peruana. Os danos causados pelo conflito foram grandes também no que tange a economia e estimativas conservadoras apontam que o conflito teria custado cerca de 26 bilhões de dólares.

Em 4 de junho de 2001, o governo de transição liderado por Valentín Paniagua que sucedeu ao presidente Alberto Fujimori, criou uma comissão da verdade para apurar eventuais abusos cometidos pelos agentes do Estado durante o conflito, bem como atribuir a responsabilidade devida aos integrantes dos grupos guerrilheiros que igualmente tivessem cometido crimes e violações aos direitos humanos. Por meio do Decreto Supremo N ° 065-2001-PCM, depois ratificado e complementado pelo Dr. Alejandro Toledo em 4 de Setembro do mesmo ano, a comissão denominando de Comissão da Verdade e Reconciliação (Decreto Supremo n ° 101 -2001- PCM) iniciou seus trabalhos.

Criada como órgão responsável para esclarecer o processo, os eventos e as correspondentes responsabilidades, não só daqueles que foram executados, mas também aqueles que ordenaram ou foram coniventes com abusos e o cometimento de crimes a comissão teve como escopo também buscar a paz e reconciliação entre todos os peruanos.

Após diversos levantamentos e a oitiva de testemunhas e vítimas, a comissão elaborou um relatório detalhado sobre o conflito e estimou que haviam ocorrido cerca de 70.000 mortes, entre civis, guerrilheiros e militares, durante a luta, sendo a maioria das vítimas agricultores (56%), quéchuas (75%), pobres e analfabetos (68%) das áreas rurais (79%). Concluiu também que todos os envolvidos na luta armada

⁷⁹ La Comisión de la Verdad y Reconciliación. Núcleo de Informe Final. Disponível em: <<http://www.cverdad.org.pe/lacomision/nlabor/antecedentes.php>>. Acesso em: 06 set. 2013.

havia participado de violentos crimes e graves violações aos direitos humanos da população, tornando o conflito extremamente sangrento.

Além das violações generalizadas e sistemáticas aos direitos humanos, o relatório da comissão informou ainda sobre graves abusos ao direito internacional humanitário cometidas entre maio de 1980 e novembro de 2000 diretamente por agentes do Estado peruano ou por pessoas que agiam com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, bem como pelos grupos armados de oposição ao governo, chamados de guerrilheiros.

Considerou que as dezenas de milhares de vítimas mortas foram também submetidas a tortura, incluindo estupro e esterilizações forçadas, sem contar as prisões arbitrárias e outras violações de direitos. O grupo guerrilheiro Sendero Luminoso foi considerado como o principal autor dos atos criminosos, chegando a quase 54% das graves violações dos direitos humanos apontadas pelas comunidades indígenas e camponesas que foram ouvidas.

Ao final dos trabalhos, a comissão apresentou uma série de recomendações para promover a verdade, a justiça e a reconciliação incluindo: a reforma estrutural das forças armadas, a polícia e a justiça, individual e reparações coletivas para as vítimas, e um plano nacional de investigações forenses, a fim de localizar e identificar as vítimas, ao estabelecer a causa de sua morte e identificar os autores.

A conjuntura política ideológica do Peru após o fim do conflito dividiu o país em pelo menos duas alas antagônicas majoritárias, uma representada pelo dirigente histórico do Sendero Luminoso Abimael Guzmán quem liderou a guerrilha com a alcunha de Camarada Gonzalo durante os 80 e 90, e outra corrente representada pelos simpatizantes do ex-presidente Alberto Fujimori. As hostilidades cessaram no campo, porém o embate de ideias prosseguiu e alcançou o campo político partidário. No final da década de 1990 surgiu de um lado o Movimento pela Anistia e Direitos Fundamentais (MOVADef) braço político do Sendero e paralelamente a isto surgiu o "fujimorismo" como uma corrente política de tendência reacionária. O fujimorismo reuniu vários partidos e movimentos políticos inspirados no ex-presidente Alberto Fujimori, que governou o Peru de 1990 a 2000. Após deixar o cargo Fujimori mudou-se para o Chile na condição de exilado político. Em setembro de 2007, a justiça chilena atendeu pedido de extradição do ex-presidente feito pelo Peru, para ser levada a julgamento por corrupção, enriquecimento ilícito, evasão de divisas e genocídio, pela morte de 25 peruanos durante manifestação contra seu governo Em

abril de 2009, ele foi condenado a 25 anos de prisão por violações dos direitos humanos enquanto esteve no poder, sentença confirmada pelo Supremo Tribunal peruano.

Atualmente o fujimorismo é uma aliança chamada Fuerza Popular 1 capitaneada pela filha do ex-presidente Keiko Fujimori, agrupando forças políticas conservadoras.

Nas eleições presidenciais de 2011 embora o MOVAREF tenha fracassado na sua intenção de se tornar um partido político, realizou intensa campanha a favor da anistia de Abimael Guzmán que teve grande repercussão na mídia. A eleição foi vencida por Ollanta Humalla do Partido Nacionalista Peruano que derrotou em segundo turno a Keiko Fujimori.

Destarte, pode-se considerar hoje que existe no Peru um movimento de que busca a anistia política de um líder da guerrilha e outro movimento que busca o indulto para Alberto Fujimori que foi condenado por crimes durante seu mandato de presidente.

Tanto o indulto quanto à anistia buscam o perdão para quem cometeu crimes comuns e de violações de direitos humanos, o primeiro para um mandatário que os cometeu durante um mandato político e o segundo em favor de ex-guerrilheiros senderistas, muitos condenados por crimes de terrorismo, durante a conflagração armada que ocorreu no Peru.

Finalmente, o certo é que tanto senderistas como fujimoristas dependem das disposições do governo de Ollanta Humala que deve decidir se irá indultar Fujimori e enfrentar o desafio dos senderistas.

Não há uma expectativa de solução imediata para as duas questões, uma vez que atualmente a sociedade peruana e os organismos internacionais acompanham a situação e pressionam o governo a colaborar com as apurações, providenciar as reparação dos danos sofridos e principalmente punir os culpados quer sejam eles agentes do Estado ou não.

No caso do desaparecimento de Victor Neira Alegría, Edgard Zentano Escobar e William Zentano Escobar, que se encontravam detidos no estabelecimento penal de San Juan Bautista, na qualidade de presumidos autores do delito de terrorismo, aconteceu um motim ocorrido em 18 e 19 de junho de 1986, foram rendidos 34 detentos e assassinados 111. O Estado deve garantir-lhe o direito

à vida e à integridade pessoal, em consequência, na qualidade de responsável pelos estabelecimentos de detenção é o garante destes direitos dos detentos.

Margareth Anne Leister aduz que:

Ainda que o Peru tivesse o direito e o dever de executar a debelação do motim, uma vez comprovado que Victor Neira Alegria, Edgard Zentano Escobar e William Zenteno Escobar encontravam-se entre os detentos do Pavilhão Azul do Penal San Juan Bautista na data em que se iniciou a debelação do motim, o uso desproporcional da força por parte de agentes do Estado e a falta de diligência que se seguiu na identificação dos cadáveres são de responsabilidade do Estado.⁸⁰

A Corte considerou que o Peru violou os artigos 1º (Obrigação de respeitar os direitos), 4º (Direito à vida), 7º (Direito à liberdade pessoal) e 27 (Suspensão de garantias da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, condenando-o na reparação das consequências desta violação e no pagamento de uma justa indenização aos familiares das vítimas.⁸¹

A Corte considerou que a alta periculosidade dos detentos do Pavilhão Azul do Penal San Juan Bautista e o fato de que estavam armados não constituem, na opinião da Corte, elementos suficientes para justificar o volume da força que foi usada.

A Corte também se manifestou sobre a alegação do Estado sobre falta de provas do demandante:

Diferentemente do que ocorre no direito penal doméstico, nos processos sobre violações de direitos humanos a defesa do Estado não pode se basear na falta de provas obtidas sem a cooperação do Estado. É o Estado que tem o controle dos meios para esclarecer fatos ocorridos dentro de seu território. A Comissão, embora tenha capacidade para realizar investigações, na prática depende, para poder efetuar-las dentro da jurisdição do Estado, da cooperação e dos meios que lhe proporcione o governo.⁸²

⁸⁰ LEISTER, Margareth Anne. Do desaparecimento na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2 v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

⁸¹ LEISTER, Margareth Anne. Do desaparecimento na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2 v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

⁸² LEISTER, Margareth Anne. Do desaparecimento na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2 v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

Este caso firmou o entendimento de que pessoas físicas sujeitas à jurisdição do Estado devem ter os direitos estabelecidos na Convenção respeitados e garantidos, reafirmando que a ação ou omissão de qualquer autoridade pública constitui um ato de responsabilidade do Estado.

O caso se refere a uma chacina ocorrida em Barrios Altos, na cidade de Lima, no Peru, em que foram vitimadas fatalmente quinze pessoas e feridas outras quatro, executada por pessoas integrantes do grupo de extermínio COLINA, composto por membros do Exército peruano. Após iniciada a investigação, o congresso peruano aprovou leis de anistia, que vieram a ser consideradas inconstitucionais.

No caso Barrios Altos, em razão da edição das leis de anistia e do posicionamento da Suprema Corte daquele país, de que as leis eram constitucionais e legítimas, o procedimento foi finalizado dentro do ordenamento jurídico peruano sem a efetiva investigação e eventual sanção dos infratores responsáveis pelos crimes contra os direitos humanos.

Assim, se considerou que os recursos internos foram esgotados. Na verdade, poder-se-ia considerar que não foram possibilitados recursos internos efetivos às vítimas.

Não tendo o governo peruano atendido às recomendações da CIDH, esta encaminhou o caso à Corte.

A Corte Interamericana sentenciou o caso Barrios Altos, e declarou que as leis de anistia peruanas são incompatíveis com a Convenção Americana e, por consequência, “carecem de efeitos jurídicos.”⁸³

No Peru, ao não sancionar os crimes cometidos em Barrios Altos, foram violados os artigos 8.1, 25, 1.1 e 2 da Convenção. Não se respeitou o direito à proteção judicial, o dever de garantia e o direito à verdade, de modo que foram violados os direitos humanos tangentes à vida, à integridade da pessoa, às garantias judiciais e à liberdade de pensamento e de expressão.

A Corte entendeu também, que a entrega dos restos mortais da vítima de desaparecimento forçado aos seus familiares corresponde a um ato de justiça e reparação.⁸⁴

⁸³ LEISTER, Margareth Anne. Do desaparecimento na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2 v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

Por fim, em abril de 2009, o ex-presidente Alberto Fujimori foi condenado a 25 anos de prisão pela Justiça de seu país, por crimes cometidos durante o período em que governou o Peru, de 1990 a 2000.

O caso Castillo Páez refere-se ao desaparecimento forçado de Ernesto Rafael Castillo Páez, detido por agentes da polícia, após um atentado do grupo subversivo “Sendero Luminoso”, em outubro de 1990.

A Corte afirmou que não se pode admitir argumento do Estado no sentido de que a indeterminação do paradeiro de uma pessoa não implica que tenha sido privada de sua vida, já que faltaria o corpo de delito.

A Corte concluiu que o Peru é responsável pelo desaparecimento involuntário de Ernesto Rafael Castillo Páez, vejamos:

Violando os artigos 7º (direito à liberdade pessoal), 5º (direito à integridade pessoal), 4º(direito à vida) e 25 (proteção judicial) da Convenção, sendo obrigado a pagar uma justa indenização compensatória aos familiares da vítima.⁸⁵

A Corte entende que entre as dificuldades de ordem interna que impedem a identificação dos responsáveis pelos direitos desta natureza se encontra na Lei de Anistia, sendo o grande obstáculo, para a investigação e o acesso à justiça e impede aos familiares da vítima conhecer a verdade.

⁸⁴ LEISTER, Margareth Anne. Do desaparecimento na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2 v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

⁸⁵ LEISTER, Margareth Anne. Do desaparecimento na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2 v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

4 A EFICÁCIA DAS DECISÕES INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 A Eficácia das Decisões Internacionais no Direito Brasileiro

Há algum tempo no Brasil vem se firmando o entendimento monista misto⁸⁶, segundo o qual os tratados e convenções internacionais devem se sujeitar a norma constitucional brasileira e serem submetidos à apreciação do legislativo. Neste sentido as disposições internacionais encontram-se no sistema jurídico brasileiro nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Segundo posição do STF, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno.

Para Mariangela Ariosi⁸⁷, uma eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("*Lex posterior derogat priori*") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Assim, dentro do sistema jurídico brasileiro, onde tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais, permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los (como quer o STF), no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas.

Ainda segundo a autora citada, os instrumentos legais internacionais na forma de tratados, acordos, convenções ou protocolos, podem ser acordados pelos Estados contratantes, quando estes os ratificam, ficando assim estabelecidos como autênticos e definitivos para os efeitos, pelos representantes dos Estados.

⁸⁶ Posicionamento do Supremo Tribunal Federal declarado na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1480/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 04.09.1997, DJ de 18.05.2001). Prevalência da teoria monista na República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>> Acesso em: 05 de setembro de 2013.

⁸⁷ ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas**: O Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 54.

As maneiras mais comuns que um Estado dispõe para expressar seu consentimento aos limites impostos por um tratado são a ratificação e a adesão. Um novo tratado é "ratificado" pelos Estados que negociaram o instrumento. Um Estado que não participou das negociações pode depois "aderir" ao tratado. O tratado entra em vigor quando um número pré-determinado de Estados ratifica ou adere ao tratado.

Quando um Estado ratifica ou adere a um tratado, este pode interpor restrições a um ou mais artigos do tratado, a menos que as restrições sejam proibidas pelo tratado. Normalmente, as restrições podem acontecer em qualquer momento. Em alguns países, tratados internacionais possuem precedência sobre a jurisprudência nacional; em outros, são necessárias leis específicas para dar a um tratado internacional foro nacional, apesar de aceito ou ratificado pelo país. Praticamente todos os países que aderem ou ratificam um tratado internacional devem promulgar decretos, emendas às leis existentes ou introduzir nova legislação para que um tratado tenha pleno efeito em seu território nacional.

A sentença internacional é aquela proferida por um organismo internacional com funções jurisdicionais, disciplinada pelo direito internacional público, cuja principal fonte normativa é o direito convencional. São sentenças internacionais as prolatadas por tribunais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por árbitros que julguem controvérsias entre Estados.

José Carlos Magalhães define a sentença internacional desta forma:

Sentença internacional consiste em ato judicial emanado de órgão judiciário internacional de que o Estado faz parte, seja porque aceitou a sua jurisdição obrigatória, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja porque, em acordo especial, concordou em submeter a solução de determinada controvérsia um organismo internacional, como a Corte Internacional de Justiça. O mesmo pode-se dizer da submissão de um litígio a um juízo arbitral internacional, mediante compromisso arbitral, conferindo jurisdição específica para a autoridade nomeada decidir a controvérsia.⁸⁸

Após a importante definição de sentença internacional, volta-se ao tema da Corte e suas sentenças, ao qual se observa que a Corte é uma instância judicial, mas suas sentenças não são punitivas. Procuram assegurar ações corretivas para as deficiências dos sistemas jurisdicionais nacionais.

⁸⁸ MAGALHÃES, José Carlos. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional**: uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

Por anos o STF entendeu as normas internacionais de direitos humanos com força legal. Porém, relacionar leis com tratados internacionais dentro de um mesmo prisma, torna a alteração (revogação, ab-rogação, derrogação e denúncia) confusa, já que os dois institutos têm maneiras diversas de mutabilidade dentro do ordenamento nacional. A lei posterior, não pode alterar as normas do tratado que só deixa de ter efeito após a ratificação pelo Brasil, caso seja denunciado.

Outro status das normas internacionais sobre direitos humanos é o constitucional. Entre os doutrinadores que defendem esta tese estão, Flavia Piovesan, Valério de Oliveira Mazzuoli, e Antonio Augusto Cançado Trindade. O texto originário da Constituição, no artigo 5º, § 2º, aceitava as normas internacionais que ampliassem o rol de direitos e garantias fundamentais, demonstrando que o rol não é taxativo para ampliar garantias, assim como preceitua o artigo 60, §4º, IV, da CF, mas essa compreensão também encontra grandes debates na doutrina e jurisprudência.

Com o advento da Emenda Constitucional 45, de 2004, foram incluídos os últimos parágrafos do artigo 5º. O §3º determina que as normas aqui discutidas, para que assumam seu status junto à Constituição, deveriam ter quorum qualificado de EC, ou seja, 3/5 dos votos, das duas casas do Congresso, em dois turnos. Essa alteração constitucional prejudica o entendimento do status constitucional quanto algumas normas internacionais, a exemplo da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que não recebeu esse quorum de qualificação.

Depois de décadas de atraso, finalmente a Corte Suprema brasileira reconheceu (em 03.12.2008) o valor supra legal dos tratados internacionais de direitos humanos (RE 466.343-1-SP e HC 87.585-TO); foi vencedora a tese do Ministro Gilmar Mendes (por cinco votos a quatro), não a tese do valor constitucional (defendida no STF pelo Min. Celso de Mello).

Para Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli aduzem que:

Por mais vanguardista que tenha sido o voto do Min. Gilmar Mendes, para nós ele ainda é passível de críticas (construtivas). Segundo o nosso entendimento, a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (defendida pelo ilustre Ministro no RE 466.343-1-SP) peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma duplicidade de regimes jurídicos imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de

direitos, uma vez que estabelece categorias de tratados que tem os mesmo fundamento ético.⁸⁹

Esclarece ainda, Luiz Flavio Gomes e Valéria de Oliveira Mazzuoli que:

Ao criar as categorias dos tratados de nível constitucional e supralegal (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da supralegalidade acabou por regular assuntos iguais de maneira totalmente diferente (ou seja, desigualou os iguais), em franca oposição ao princípio constitucional da isonomia. Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros (também de direitos humanos) no mesmo nível dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação em que um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto o principal estaria em nível hierárquico inferior.⁹⁰

Para o Ministro Celso de Mello (voto proferido no HC 87.585-TO e no RE 466.343-1-SP), "a nova pirâmide jurídica (bidimensional) teria outra configuração, porque os tratados internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil antes da EC 45/2004 foram recepcionados ou amparados pelo art. 5º, § 2º, portanto teriam valor constitucional."⁹¹

Para Valério de Oliveira Mazzuoli⁹², "no topo dessa pirâmide (bidimensional) estão a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos (mesmo que firmados e vigentes no Brasil antes da EC 45/2004) e na base está a legislação ordinária."

Os votos que foram destacados implicam uma grande mudança em relação à jurisprudência clássica do próprio STF, que desde a época de 70 vinha sustentando a teoria da equivalência ou da paridade (entre a lei ordinária e os tratados internacionais), vejamos:

A emblemática alteração estrutural (e formal) do direito reside no valor hierárquico qualificado que o STF está agora a emprestar ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. A velha posição do Supremo nada mais espelhava que a visão savignyana (século XIX) e Kelseniana (século XX) do direito,

⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁹¹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito internacional público**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

incorporando na base da ordem jurídica o Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁹³

No plano da equivalência com a legislação ordinária o Direito Internacional dos Direitos Humanos passou agora a ocupar uma posição hierárquica superior, no mínimo supra legal. Cinco votos foram proferidos nesse sentido (tese de Gilmar Mendes). Outros quatro reconheceram a constitucionalidade de tais tratados (tese de Celso de Mello), tal como sempre defendemos. De qualquer maneira. São nove votos em favor da distinção do Direito Internacional dos Direitos Humanos (eles valem mais que o direito ordinário).

4.2 A Lei de Anistia Brasileira em Face das Normas Internacionais

Como consequência do episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia, que foi uma conflagração armada entre dissidentes políticos brasileiros que partiram para a luta armada e as forças do Estado, durante o governo militar no território limite entre o atual Estado de Tocantins e Pará entre 1972 e 1975, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em resposta aos familiares de guerrilheiros ali mortos decidiu (sentença de 24.11.10, publicada em 14.12.10) que os crimes (mortes, torturas, desaparecimentos), cometidos pelos agentes do Estado deveriam ser devidamente investigados, processados e, se fosse o caso, punidos. A Corte seguiu sua jurisprudência já fixada em relação à Argentina, Chile em casos correlatos. O processo foi provocado por três ONGs brasileiras (Centro Pela Justiça e o Direito Internacional, Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro e Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo).

Esta decisão voltou a colocar em xeque a lei de anistia brasileira (Lei 6.683/1979) em face de uma norma internacional, questionando seu valor jurídico para impedir a apuração dos referidos crimes cometidos pelos agentes do Estado. O principal questionamento foi se a lei, embora recepcionada pela Constituição de 1988 trata-se de norma inconvencional por violar claramente as convenções de

⁹³ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

direitos humanos ratificadas pelo Brasil e inválida, por contrariar frontalmente o *jus cogens* internacional.

De acordo com Luiz Flavio Gomes⁹⁴, as leis brasileiras estão sujeitas a dois tipos de controle vertical: (a) de constitucionalidade e (b) de convencionalidade. Nem tudo que é recebido pela Constituição é convencional e válido, porque agora as leis devem também ter compatibilidade com as Convenções internacionais. Uma lei pode ser constitucional, mas inconveniente. Tanto no caso de inconstitucionalidade como na hipótese de inconveniente, a lei não vale. É preciso que os operadores jurídicos brasileiros se familiarizem com os controles de constitucionalidade e de convencionalidade.

Com relação à ofensa a soberania ainda prossegue Luiz Flavio Gomes:

Tal decisão não fere a soberania porque todos os países, ao firmarem um tratado internacional, perdem parte da sua soberania externa (consoante lição do jurista italiano Luigi Ferrajoli). O conceito de soberania está reduzindo o seu valor. Foi útil, no princípio do século XX, para que os Estados adotassem suas políticas autoritárias (guerras, fascismo, nazismo, Estado Novo etc.). Hoje o mundo (de um modo geral) está se voltando para os interesses internacionais.⁹⁵

Porém as decisões da CIDH devem ser acatadas pela Justiça Brasileira porque vinculam o Brasil. Se a Justiça brasileira faz parte do Estado, ela também está obrigada a respeitar tais decisões. Também ela está vinculada, sob pena, de novas violações à Convenção Americana.

Se a lei de anistia foi imposta pelo próprio governo militar durante a ditadura, na visão da CIDH isso significa uma auto anistia e conforme jurisprudência daquela corte, toda auto anistia é inválida (isso já ocorreu com Argentina, Chile, entre outros países).

Felipe González (O Estado de S. Paulo de 19.12.10., p. A8), presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (sediada em Washington) sublinhou que: "O Brasil daria um magnífico exemplo e fortaleceria sua imagem se acatasse [prontamente] as determinações [da CIDH]. Do ponto de vista interno, não se trata apenas de um confronto com o passado. O cumprimento da sentença fortaleceria a

⁹⁴ GOMES, Luiz Flavio. **A Lei De Anistia Viola Convenções de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-10/coluna-lfg-lei-anistia-viola-convencoes-direitos-humanos#autores>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

⁹⁵ GOMES, Luiz Flavio. **A Lei De Anistia Viola Convenções de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-10/coluna-lfg-lei-anistia-viola-convencoes-direitos-humanos#autores>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

democracia, mostrando que não existem cidadãos de primeira e de segunda categoria e que todos os crimes, não importa quem pratique, são investigados e os culpados, punidos”.

O Brasil tem que cumprir a decisão da Corte, sob pena, de desprestígio internacional. Justamente agora que o Brasil vem tendo certo reconhecimento mundial em termos econômicos, seria estarrecedor ostentar atraso na cultura jurídica internacional.

Como já referido, os crimes contra a humanidade (como é, v.g., o crime de tortura durante o período ditatorial), assim como os crimes de genocídio e contra a paz não podem ser considerados como crimes comuns (ou políticos), sendo por isso, insuscetíveis de anistia ou prescrição, tal como já decidido pelas instâncias internacionais de direitos humanos. As leis de anistia (ou autoanistia) são, portanto, leis que por perpetuarem a impunidade e impedirem as vítimas de conhecer a verdade e receber a devida reparação, são leis que não contam com qualquer validade jurídica.

Para além de violarem os instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país, as leis de anistia violam também as normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*), que contam com valor supraconstitucional.

A Corte Interamericana condenou o Brasil pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 62 pessoas, incluindo-se dentre elas membros do PCdoB e camponeses da região. As operações arbitrárias do Exército brasileiro foram empreendidas entre 1972 e 1975, com o objetivo de erradicar a chamada “Guerrilha do Araguaia”. Ressalte-se que dos 62 desaparecidos no Araguaia (há quem fale num número maior), só foram encontrados quatro corpos, todos graças à ação de parentes.

Entendeu a Corte que o Brasil não empreendeu as ações necessárias para investigar, julgar e condenar os responsáveis pelo desaparecimento forçado das 62 vítimas e pela execução extrajudicial da Sra. Maria Lucia Petit da Silva, cujos restos mortais foram encontrados em 14 de maio de 1996.

Entendeu ainda a Corte que os recursos judiciais dos familiares das vítimas, com o objetivo a obter informação sobre os fatos, não foram efetivos para garantir-lhes o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia, além do que as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo governo brasileiro (v.g., a promulgação

da lei de anistia) restringiram indevidamente o direito de acesso à informação desses familiares.

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 “continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”.

Obrigações do Brasil decorrentes da condenação internacional.

Doravante o Brasil terá que eliminar todos os obstáculos jurídicos (como a lei de anistia) que durante anos impediram as vítimas do acesso à informação, à verdade e à Justiça. Não se pode subtrair de nenhum povo o direito à memória e à justiça. Essa é a principal lição da decisão da Corte Interamericana que deve ser vista como legado humanista para as futuras gerações.

Deve o Estado brasileiro “conduzir eficazmente 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 disponha”, além de “um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, em relação aos fatos do presente caso, referindo-se às violações estabelecidas na presente Sentença”.

Outra determinação (contra o Brasil) é a necessidade de implementar em prazo razoável “um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas”.

O Brasil sequer pode cogitar da possibilidade de não cumprir as decisões da CIDH. Poderia sofrer sanções internacionais e ser excluído da OEA. O não cumprimento pelo Estado brasileiro da sentença da Corte Interamericana acarreta nova responsabilidade internacional ao país, a ensejar nova ação internacional na mesma Corte e nova condenação, e assim por diante. A posição do Ministro Nelson Jobim no sentido de que o Brasil poderia deixar de cumprir as decisões da CIDH é totalmente equivocada. O STF nada mais pode fazer. As decisões da Corte devem ser cumpridas pelo Brasil necessariamente.

O STF, mantendo a tradição do Judiciário brasileiro no sentido de ser tendencialmente autoritário, em abril de 2010, validou a citada lei de anistia (7 votos

contra 2), impedindo dessa maneira o reconhecimento dos direitos dos familiares dos mortos, torturados e desaparecidos, ou seja, a apuração e o processamento desses crimes contra a humanidade.

Ocorre que na era do direito globalizado e universalizado (direito pós-moderno) as decisões do STF, em matéria de direitos humanos, já não significam a última palavra. Acima do Judiciário brasileiro está o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que é composto de dois órgãos: Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos. A primeira está sediada em Washington, enquanto a segunda está na Costa Rica.

Quando nossos direitos, previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, não são amparados pela Justiça brasileira, temos possibilidade de recorrer à Comissão Interamericana, que passa a ser uma espécie de "5ª instância". Todas as violações de direitos humanos não amparados pelo Judiciário brasileiro podem (e devem) ser levadas ao conhecimento da citada Comissão, que resolve o assunto (tal como fez no caso Maria da Penha) ou o encaminha para a Corte (assim foi feito no Caso Araguaia).

Sob o aspecto jurídico a decisão da Corte Interamericana demonstra que as decisões do STF já não são definitivas, quando em jogo está um direito previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como "Pacto de San José da Costa Rica", ratificado pelo Brasil em 1992 sem qualquer reserva).

Louvor aos votos vencidos de Lewandowski e Ayres Britto.

Quando o STF validou a lei de anistia brasileira, dois foram os votos vencidos: Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Foram os dois únicos a compreender (na ocasião) a atual dimensão da proteção dos direitos humanos, que não é mais só doméstica. Em matéria de direitos humanos a última palavra é da Comissão ou da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os dois Ministros citados foram os únicos que admitiram que a clássica jurisprudência da Corte não iria secundar a lei de anistia brasileira.

Observa-se, portanto, a resistência do judiciário brasileiro em aceitar que os ditames do direito internacional de proteção dos direitos humanos devem permear todas as decisões que envolvam direitos humanos. Os ministros, em seus votos, olvidam-se de que o Brasil, como integrante dos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos, devem se sujeitar aos dispositivos convencionais e ao *jus cogens* que emanam da ordem jurídica internacional, Luiz Flávio Gomes e

Valério de Oliveira Mazzuoli explicam esta nova fase de evolução do Estado, a qual denominam de internacionalista:

Nessa fase internacionalista de evolução do Estado, do Direito e da Justiça o princípio do *domestic affair* (ou da não ingerência), que limitava o direito intrnacional às relações entre Estados no contexto de uma sociedade internacional formal, evoluiu agora para o do *international concern*, que significa que o gozo efetivo, pelos cidadãos de todos os Estados, dos direitos e liberdades fundamentais, passa a ser verdadeira questão de direito internacional.⁹⁶

Os Estados não podem alegar disposições de direito interno a fim de se furtar à aplicação do direito internacional. Compete aos Estados, portanto, adaptarem seus ordenamentos internos quando estes colidirem com os direitos e obrigações assumidas no âmbito internacional.

4.3 As Tentativas de Revisão de Lei de Anistia

Em 21 de outubro de 2008, foi ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, perante o Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, questionando-se a vigência dos artigos 1º e §1º da Lei 6683/79 ante a nova ordem constitucional de 1988. Pugnava-se pela interpretação conforme a Constituição Federal dos referidos dispositivos, embasando-se, para tanto, em uma série de fatores.

Dentre os pontos levantados, destacavam-se a inexistência de conexão entre os crimes políticos e os chamados de lesa-humanidade, ou de sangue. Além disso, foi ressaltado o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que repudia qualquer lei que venha a obscurecer fatos ocorridos durante regimes de exceção, amplamente difundidos na América Latina durante a Guerra Fria. Finalmente, se observou que há, na Constituição Federal de 1988, dispositivo que veda expressamente a concessão de anistia ou graça à prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes

⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (C.F. Art. 5º, XLIII).

Em 29 de janeiro de 2010 a Procuradoria Geral da República, enviou parecer ao STF com entendimento diverso ao argumento proposto pela OAB, justificando que a entidade havia participado ativamente do processo de elaboração da lei, além do fato de que esta tinha o objetivo de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual. A respeito disso, as palavras de Roberto Gurgel foram:

Com perfeita consciência do contexto histórico e de suas implicações, com espírito conciliatório e agindo em defesa aberta da anistia ampla, geral e irrestrita, é que a Ordem saiu às ruas, mobilizou forças políticas e sociais e pressionou o Congresso Nacional a aprovar a lei da anistia.⁹⁷

Apesar da evidente relevância dos argumentos, o voto do ministro relator, Eros Grau, foi pela improcedência do pedido. O relator embasou-se primordialmente em dois pontos: a anistia consistia via de mão dupla, uma vez que sua promulgação se deu em um momento histórico no qual a sociedade desejava esquecer o passado e seguir em frente, além de que a conexão, de fato, ocorreria. Usou-se como base a Emenda Constitucional nº 26 de 1985, que convocou uma nova Assembleia Nacional Constituinte, culminando com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que viria por validar as medidas implantadas pela Lei da Anistia. Seguiram o voto do relator os ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Marco Aurélio

Restaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, que votaram pela parcial procedência da ação.

Percebe-se, portanto, que pouco ou nada foi debatido nos votos dos ministros acerca das obrigações assumidas pelo Estado brasileiro no âmbito internacional de proteção dos direitos humanos, aspectos que é trazido à baila de maneira mais profunda pelo ministro Ricardo Lewandowski, que cita inclusive jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o qual se manifestou pela parcial procedência da ação, em sentido contrário ao voto do relator Eros Grau e dos

⁹⁷ Roberto Gurgel Procurador Geral da República em parecer da PGR ao STF sobre a ADPF 1 A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judiciária autônoma que possui como objetivo a concretização e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e exerce suas funções e competências conforme as disposições da dita Convenção e do Estatuto.

demais ministros votantes Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Celso de Mello, nos seguintes termos:

Por todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação para dar interpretação conforme ao § 1º do art. 1º da Lei 6.683/79, de modo a que se entenda que os agentes de Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal devendo o juiz ou tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (case by case approach), mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, nos moldes da jurisprudência desta Suprema Corte, para o fim de caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos.⁹⁸

Para Ricardo Lewandowski, não haveria como se conceber tal conexão, uma vez que crimes políticos não estariam necessariamente conexos àqueles de caráter comum e atroz perpetrados pelos agentes do estado, sendo que cabe ao juízo de conhecimento a análise da incidência ou não da lei de anistia, no caso concreto. Além disso, o ministro citou o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual, os Estados-Partes da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, internalizada pelo Brasil, têm o dever de investigar e coibir lesões a tais direitos, quando praticadas dentro de seu território nacional, de modo que a não observância de tal preceito gera responsabilidade internacional do Estado, uma vez que esta obrigação nasce a partir do momento da ratificação do texto da Convenção.

Em sequência, o ministro Carlos Ayres Britto deu vista necessária ao dispositivo presente no artigo 5º, XLIII, da CF/88, sendo que sua análise, até então, aparentava ter sido relegada a um segundo plano. Veio à baila o instituto da recepção, segundo o qual toda norma promulgada anteriormente à vigência de uma nova Constituição, "rectius", fruto do poder constituinte originário, não pode entrar em rota de colisão com o novel texto Constitucional, sob pena de ser declarada não-recepcionada por esta Lei Maior. Ora, uma vez que o referido inciso, presente no capítulo concernente aos direitos e deveres individuais e coletivos, veda expressamente a concessão de anistia, graça ou fiança ao "tráfico ilícito de

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, a tortura e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”, toda a legislação pré-1988 deve se adequar a esta nova realidade. Como é basilar não somente nos Estados Democráticos de Direito, como em toda a ciência jurídica, a Carta Magna do Estado constitui norma referencial a todos os demais dispositivos legais vigentes, não podendo ir contra ela qualquer outra espécie normativa.

O ministro Ayres Brito manifesta-se pela procedência da ação, assevera que:

Agora como “a interpretação conforme a Constituição” cabe sempre que o texto interpretado por polissêmico ou plurissignificativo, desde que um desses significativos entre em rota de colisão com o texto constitucional, também julgo parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para, dando-lhe interpretação conforme, excluir do texto interpretado qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes previstos no inc. XLIII do art. 5º da Constituição. Logo, os crimes hediondos e os que lhe sejam equiparados: homicídio, tortura e estupro, especialmente.⁹⁹

Portanto, por mais eloquentes que sejam os seus argumentos defendidos pelo ministro Cezar Peluso, nenhum é tão considerável como o exposto por Ayres Brito. Deve-se isto, provavelmente, à clareza do texto constitucional, saltando aos olhos de forma estarrecedora a sua não observância.

Chama a atenção, ainda, no voto proferido pelo ministro Ayres Brito o apontamento feito em relação ao voto do ministro Eros Grau, eis que afirma que o relator realiza uma análise mais histórica e menos jurídica da lei, nos seguintes termos:

O ministro Eros Grau, ontem, nos brindou a todos com um voto cuidadoso, detalhado. Sua Excelência colocou muita ênfase para reproduzir os precedentes ou tratativas da lei, mas não tanto na vontade objetiva desse diploma legal. Ou seja, atentou bem mais para os precedentes do que para a lei em si, embora sua Excelência não se escusasse de avançar considerações sobre a natureza e o significado de crime político e dos crimes conexos com os políticos.¹⁰⁰

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

Não obstante o relator ministro Eros Grau trate de questões relativas principalmente à dogmática-penal, vislumbra-se que os aspectos de sua decisão são eminentemente históricos e despreocupados em rechaçar os argumentos no sentido de que a interpretação conferida à Lei de Anistia, até o momento, ultrajaria preceitos insculpidos na Constituição da República de 1988, o que se repetiu nos votos dos ministros que acompanharam o voto do relator, restando evidente uma preocupação eminentemente política de preservar a ordem social existente e de não reabrir questões que, de acordo com entendimento da corte, poderiam provocar fortes abalos à democracia solidificada, às custas do acordo realizado pelos próprios anistiados políticos.

No voto do relator Eros Roberto Grau, que serviu de arrimo argumentativo dos votos vencedores, vemos o ministro defender o entendimento de que "aos olhos da época" a anistia deva ser interpretada como um acordo entre os envolvidos. Negando o fato da Ditadura militar iniciada em 1964 ter instaurado um Estado de Exceção, uma auto-legalidade, que deu fundamentação e justificativa pseudojurídica a inúmeras atrocidades e abusos.

E como ensina José Carlos Moreira da Silva Filho:

A anistia não foi acordo coisa nenhuma. O apelo popular que se ergueu pela libertação dos presos políticos e pela possibilidade de retorno dos exilados foi um ingrediente importante, mas não foi o único. Fazia parte da estratégia do Golbery que ocorresse naquele momento a abertura política. O "acordo" feito, além de ser de interesse das facções que estavam no poder, mais pareceu um contrato de adesão de serviço essencial. A condição neste caso, foi excluir da anistia os chamados crimes de sangue. Na verdade, não se falava muito de anistia aos torturadores pelo simples fato de que o poder encastelado não admitia sequer falar desta possibilidade. É o negacionismo que imperou até 2008, ano no qual pelo menos conseguimos discutir publicamente o tema da punição aos torturadores.¹⁰¹

E aqui apontamentos sobre o acórdão da ADPF 153 merecem compor este quadro acerca das ideias de esquecimento lançadas nos votos dos ministros para justificar e argumentar as respectivas tomadas de posição.

¹⁰¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. STF: O julgamento da ADPF 153. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, número 7, julho de 2010. Disponível em: <www.iedc.org.br>. Acesso em: 05 set. 2013.

De início, cumpre trazer o voto do ministro relator Eros Grau, que na fundamentação de seu voto recorreu primeiro, ao parecer do Procurador Geral da República, quando afirmou que “É evidente que reconhecer a legitimidade da Lei de Anistia não significa apagar o passado”¹⁰²; para, mais adiante, incorporar em sua fundamentação fragmento do parecer da OAB do conselheiro José Paulo Sepúlveda Pertence.

Mais adiante, o ministro Eros Grau retoma o parecer da OAB para citar fragmento que explicita o conceito de apagamento penal:

Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia.¹⁰³

E ao final de seu voto o ministro Eros Grau conclui: “Há coisas que não podem ser esquecidas. (...) É necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado.”¹⁰⁴

Voz dissonante quanto à questão fundamental do esquecimento relacionado à anistia, conforme se verá com os demais votos, a ministra Carmem Lúcia, ainda que tenha decidido pela improcedência da ADPF 153, confere entendimento diferente ao analisar a realidade social que se debate a OAB ao arguir a ADPF 153 e disse que:

ao contrário do que comumente se afirma de que anistia é esquecimento, o que aqui se tem é situação bem diversa: o Brasil ainda procura saber exatamente a extensão do que aconteceu nas décadas de sessenta, setenta e início de oitenta (período dos atentados contra o Conselho Federal da OAB e do Riocentro), quem fez, o que se fez, como se fez, por que se fez e para que se fez, exatamente para que, a partir do que venha a ser apurado, ressalva feita à questão penal nos crimes políticos e conexos, em relação aos quais prevalece a lei n.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

6683/79, se adotem as providências administrativas e jurídicas adequadas.¹⁰⁵

Deste modo, interessante dissociação a ministra Carmem Lúcia faz com o esquecimento em relação à anistia no caso brasileiro, mas afirma que seus efeitos operam na esfera penal, obstaculizando uma pretensa persecução. Ao contrário, afirma que sequer a sociedade brasileira teve conhecimento da extensão do ocorrido nas décadas do regime da ditadura militar, sendo necessário, antes, que se conheça a história. A ministra reafirma o caráter de transição institucional propiciado pela negociação da Lei de Anistia, realçando o alto valor pago ao associar a anistia concedida mais como resultado de um perdão e menos de esquecimento, como deveria ser.

Não tenho como interpretar a norma de 1979 como se nada ou ninguém tivesse ali se comprometido com as finalidades buscadas, permitindo que a sociedade ultrapassasse aquele sofrimento e passasse a outro momento, ainda que com o pagamento caríssimo de, mais que uma anistia, que é resultado de perdão, menos ainda de esquecimento, como normalmente uma anistia é, chegar-se a um acordo que permitiu uma transição institucional.

Buscou-se ali uma pacificação no sentido de transpor-se uma etapa para se chegar à paz social, que é fruto de um movimento no sentido de permitir que a vida se refaça.¹⁰⁶

E concluiu seu voto tratando do dever de informar e conhecer a história para que não sejam esquecidos os horrores perpetrados durante a ditadura. Parece, portanto, que a controvérsia sobre memória, e o esquecimento na anistia se instaura no seio do próprio voto da ministra Carmem Lúcia.

O Brasil tem o direito de saber, e o Estado tem o dever de informar, para que não sejam esquecidos os horrores perpetrados contra os brasileiros.

Ultrapassar ou desconhecer a anistia, tal como entendida e praticada, com o aval da Ordem dos Advogados do Brasil, na primeira hora de sua proposição, para retroagir sobre o que se sedimentou, e se exauriu, pela via da presente Arguição, é que não vejo como possa ser acolhido em face do direito vigente.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

Primeiro a abrir divergência não julgamento da ADPF 153, o ministro Ricardo Lewandowski não abordou expressamente o conceito de esquecimento penal que a lei de anistia abarcaria em seu conteúdo, mas julgou pela procedência da ação para permitir, numa análise caso a caso, a persecução penal contra agentes do Estado que cometeram crimes comuns. Tratoû, portanto, de separar os crimes políticos dos crimes comuns, não considerando estes conexos àqueles ao interpretar o parágrafo 1º do art. 1º da Lei 6.683/79.¹⁰⁷

No entanto, pode-se entrever que o ministro Ricardo Lewandowski compreendeu o conceito de anistia enquanto esquecimento penal nos limites dos crimes políticos, retirando o condão da imputabilidade dos agentes do Estado que tenham excedido para a prática de crimes comuns com atrocidades dos meios.

Já o ministro Ayres Britto, em seu voto, inicia declamando um poema de sua autoria (A propósito de Hitler) para definir o lugar do perdão no indivíduo e na coletividade: A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão.

A humanidade tem o dever de odiar os seus ofensores porque o perdão coletivo é falta de memória e de vergonha, convite masoquístico à reincidência.¹⁰⁸

Em seguida, afirma que “no indivíduo, o perdão é virtude. Na coletividade, pode não ser virtude e ainda leva-la àquela situação tão vexatória do ponto de vista ético-humanístico de se olhar no espelho da história e ter vergonha de si mesma”.¹⁰⁹

E, para concluir sua posição, sobre o perdão e sua relação com a anistia, repisa:

Volto a dizer: uma coisa é a coletividade perdoando; outra coisa é o indivíduo perdoando. Digo isso porque a anistia é um perdão, mas um perdão coletivo. É a coletividade perdoando quem incidiu em certas práticas criminosas. E, para a coletividade perdoar certos infratores, é preciso que o faça por modo claro, assumido, autêntico, não incidindo jamais em

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

tergiversação redacional, em prestidigitação normativa, para não dizer em hipocrisia normativa.¹¹⁰

A ministra Ellen Gracie afirmou que “anistia é, em sua acepção grega, esquecimento, oblívio, desconsideração intencional ou perdão de ofensas passadas. É superação do passado com vistas à reconciliação de uma sociedade. E é, por isso mesmo, necessariamente mútua”¹¹¹. E nesta esteira afirmava ser a Anistia a Lei do Esquecimento, dado que nenhum homem seria interrogado ou perturbado por coisas passadas.¹¹²

Seguindo a votação, o ministro Marco Aurélio asseverou que:

A anistia é o apagamento do passado em termos de glosa e responsabilidade de quem haja claudicado na arte de proceder. Assentei também que anistia é virada de página definitiva é perdão em sentido maior, desapego a paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural.¹¹³

Invocando inicialmente o parecer da OAB emitido por José Paulo Sepúlveda Pertence, já anotado em outros votos, conforme citado acima, o ministro Celso de Mello também adota argumentação no sentido de a anistia fazer esquecer os ilícitos penais cometidos durante a ditadura. Ressalta que “a bilateralidade do esquecimento penal afasta a incidência dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, diante a não tolerância do Pacto de São José da Costa Rica perante violações de direitos fundamentais da pessoa humana”¹¹⁴, não caracterizando, portanto, a autoanistia.

O ministro Cesar Peluso, em seu voto na ADPF 153, assegurou que:

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

O Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia. E diria, se pudesse, mas não posso, concordar com a afirmação de que certos homens são monstros, que os monstros não perdoam, só o homem perdoa. Só uma sociedade superior, qualificada pela consciência dos mais elevados sentimentos de humanidade, é capaz de perdoar, porque só uma sociedade que, por ter grandeza, é maior do que seus inimigos, é capaz de sobreviver. Uma sociedade que queira lutar contra os inimigos com as mesmas armas, os mesmos instrumentos, os mesmos sentimentos, está condenada a um fracasso histórico.

115

Por fim, o último a votar, ministro Gilmar Mendes, toma as lições de Aníbal Bruno para conceituar a anistia como “a forma de indulgência estatal mais enérgica e de mais amplas consequências jurídicas”.¹¹⁶

Ela não se limita a excluir a pena, extingue o próprio crime e com ele todos seus efeitos penais. É uma medida de interesse público, motivada, de ordinário, por considerações de ordem política, inspiradas na necessidade da paz social. Dirige-se propriamente a determinados fatos, não a determinados indivíduos. Dela se aproveitarão todos aqueles que tenham participado de tais acontecimentos, salvo os que dela tenham sido excluídos, geralmente por circunstâncias particulares que agravam a sua situação em face do Direito.¹¹⁷

Em suma, a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém, o que ela faz é apagar o crime, e, em consequência, ficam excluídos de punição aqueles que o cometeram.

Com os recortes de esquecimento, e perdão suscitados nos votos, percebe-se que não há consenso sobre o conceito de esquecimento e sua relação com a Lei de Anistia.

Os ministros, então, com exceção de Carmem Lúcia, elaboram e utilizam o esquecimento para o fim de impedimento de persecução penal dos ilícitos comuns praticados pelos agentes do Estado, mas não o formulam enquanto cerne do próprio direito à memória em relação à sociedade e às vítimas e familiares.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em 02 set. 2013.

O próprio instituto da anistia foi tratado, nos votos, pela estreita via da esfera penal enquanto apagamento dos fatos ilícitos, não extrapolando dimensões mais profundas de teorização sobre o caso brasileiro e seus efeitos na sociedade atual para reabrir, efetivamente o diálogo de transição e responsabilização dos atores.

Vê-se, pois, que o esquecimento não tocou a memória social, permanecendo latente o conflito vivido durante o regime militar, sequer podendo invocar a figura do perdão (a não ser por recurso retórico). Se com a anistia se abriu a possibilidade da “transição democrática”, enquanto saída instituinte para um novo regime político-jurídico, para uma nova temporalidade institucional, de outro, com a finalidade da Comissão Nacional da Verdade abre-se a possibilidade de reflexão sobre a Justiça de Transição no Brasil. Nota-se, que o conflito inicialmente apaziguado com a anistia, volta a se tensionar, reclamando solução que se fundamente nos conceitos de memória, história, verdade, esquecimento e promessa para a sociedade brasileira.

Como exemplo, da limitação dos efeitos da anistia à juridicidade do problema, ou seja, não produzindo efeitos sociais relacionados à memória, à verdade e à justiça, parcela da juventude tem se organizado através do movimento social “Levante da Juventude”, promovendo o debate, defendendo a punição dos torturadores do regime militar e realizando escrachos públicos aos militares identificados como torturadores. Uma de suas frases se apresenta sintomática e sintetiza, muito provavelmente, o sentimento das vítimas e das instituições que resistiram ao regime ditatorial: “Se não há justiça, há escracho”.

Nesta esteira, a própria ADPF 153 movida pela OAB também demonstra que a dimensão do esquecimento e da reconciliação nacional não foi atingida com a transição democrática; tanto que a própria OAB, em agosto de 1979, foi favorável ao projeto de lei que culminou na anistia. Há que se separar, portanto, a empreitada de transição democrática da finalidade de reconciliação nacional, cingida pela construção da Justiça de Transição com os marcos de memória, verdade e justiça.

Poderíamos, ainda, suscitar questões como a possibilidade de reconstrução da história, da memória, da verdade e da justiça podem atingir suas finalidades, inclusive de reconciliação nacional, sem que a justiça penal seja acionada, mas com mecanismos outros possibilitem seu desiderato; ou, ainda, se há, na anistia, um caráter dilacerador e um viés autoritário que desata os laços sociais e, portanto, se pode ser razoável vincular sua concessão ao devido processo legal, com motivação

e fundamentação, mitigando as decisões de conveniência do poder que impõem desigualdades no processo político de negociação, deslocando a questão para o Poder Judiciário.

Por fim, muitas outras questões poderão ser levantadas, como questionar o caráter de tradição, das anistias, da impunidade, carregadas e passadas a momentos históricos diferentes através do paradigma de anistia que se estabeleceu na história do Brasil.

Invocar o esquecimento forçado da anistia, com a ideia do perdão como apagamento dos fatos, demonstra que o entendimento sobre o esquecimento, o perdão e a reconciliação nacional relacionados com a anistia operada em 1979, está longe de um consenso para a promoção do diálogo.

Há que se ressaltar, que a Constituinte de 1988 revela com absoluta clareza e amplitude, sua intolerância para com os atos praticados no contexto ditatorial. Além do dispositivo supracitado, também consta no artigo 5º, inciso XLIV, a natureza imprescritível e inafiançável da “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

Seja como for, a tese arguida pela OAB não logrou êxito ante o Supremo Tribunal Federal. Deste modo, restou prejudicada, em via oblíqua, também o artifício que se usaria para afastar a incidência da prescrição da pretensão punitiva: a de que certos crimes cometidos no período histórico em tela possuiriam caráter permanente. Para que tal entendimento possa ser apreciado pelos juízos e tribunais, há a necessidade da invalidação da Lei da Anistia, ao menos em parte.

Destarte, os argumentos jurídicos levantados na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADPF 153/2008 demonstram-se frágeis, de modo que o julgamento reveste-se mais de uma feição política, do que jurídica.

A pedra angular sobre a qual se amparou o Supremo foi o argumento de que a anistia no Brasil representa um movimento legítimo, de conciliação nacional, um acordo político que contou com a participação social e, a redemocratização. O Supremo alega ainda, que possível revisão da Lei de Anistia não competiria ao Judiciário, e sim, ao Legislativo.

Observa-se, portanto, a resistência do judiciário brasileiro em aceitar que os ditames do direito internacional de proteção dos direitos humanos devem permear todas as decisões que envolvam direitos humanos. Os ministros, em seus votos olvidam-se de que o Brasil, como integrante dos Sistemas Global e Regional de

Proteção aos Direitos Humanos, deve se sujeitar aos dispositivos convencionais e ao *Jus Cogens* que emanam da ordem jurídica internacional.

Cabe destacar, porém, que este não foi o fim cabal da ADPF 153. A Ordem dos Advogados do Brasil opôs embargos de declaração em face da decisão definitiva, os quais, apesar de não possuírem o condão de afastar o acórdão inicialmente proferido.

A composição atual do STF é substancialmente diferente da que julgou inicialmente a ação. Assim como o ministro Eros Grau, também se aposentaram os ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie e Ayres Britto. Além disso, na data do julgamento, não se encontravam presentes os ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli.

Em 29 de abril de 2010, o STF rejeitou o pedido da OAB, por 7 a 2, ou seja, a maioria de votos dos ministros.

Acenando a um isolamento no contexto da justiça de transição sul-americano, marcado pelas sucessivas anulações de leis de anistia, em 29.04.2010, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153, manteve a interpretação de que a lei de anistia de 1979 (Lei 6683/79) teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes.

Observa-se, portanto, a resistência do judiciário brasileiro em aceitar que os ditames do direito internacional de proteção dos direitos humanos devem permear todas as decisões que envolvam direitos humanos. Os ministros, em seus votos, olvidam-se de que o Brasil, como integrante dos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos, deve se sujeitar aos dispositivos convencionais e ao *jus cogens* que emanam da ordem jurídica internacional.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos também já apresentou demandas contra o Brasil originadas por iniciativa de órgãos tais como o Centro pela Justiça e Direito Internacional ou organizações tais como a Human Rights Watch, notadamente em nome de familiares de pessoas desaparecidas no contexto das ações militares que ocorreram na região do Araguaia, no atual Estado de Tocantins, no início da década de 1970, as quais ficaram conhecidas como Guerrilha do Araguaia.

Além disso, a Comissão também decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerando que:

Representava uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos.

Muitos destes processos ainda estão pendentes no STF e suscitam acirrados debates no meio jurídico sobre a compatibilidade ou não da Lei de Anistia com as Convenções Internacionais.

Para Paola Bianchi Wojciechowski, o Estado brasileiro se manteve:

Absolutamente alheio aos parâmetros internacionais de proteção da pessoa humana, no que concerne ao acautelamento dos direitos à verdade e à justiça, conferindo ampla interpretação à Lei 6.683/1979, a qual apresenta vigência plena nos dias atuais, inclusive devido à recente decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADFP 153/2008.¹¹⁸

Ressalta ainda Paola Bianchi Wojciechowski que:

O Brasil apresenta maior resistência em relação aos marcos da Justiça de Transição, (...) tal negação advém em grande parte da herança autoritária que impossibilita a solidificação de um Estado Democrático que prioriza o respeito e defesa dos direitos humanos de seus cidadãos.¹¹⁹

Com efeito, a justiça de transição lança o delicado desafio de como romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática.

A respeito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, entendeu a Corte que “afeta o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos”, afrontando, ainda, o dever de harmonizar a ordem interna à luz dos parâmetros da Convenção Americana. Concluiu a Corte que “não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado brasileiro” tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da lei de anistia sem considerar as obrigações internacionais do Brasil decorrentes do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas da Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹¹⁸ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis de anistia e os sistema internacional de proteção dos direitos humanos: estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile**. Curitiba: Juruá, 2013.

¹¹⁹ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis de anistia e os sistema internacional de proteção dos direitos humanos: estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile**. Curitiba: Juruá, 2013.

Este quadro começa a se transformar no final de 2011, em decorrência do impacto da sentença da Corte Interamericana no que se refere especificamente ao direito à verdade. A inédita sentença contribuiu para a criação da Comissão Nacional de Verdade, com a finalidade de resgatar as informações relativas ao período da repressão militar, em defesa do direito à memória coletiva. Por outro lado, contribuirá para o direito à justiça, combatendo a impunidade de graves violações de direitos humanos, que alimenta um continuísmo autoritário na arena democrática.

Em resposta à condenação sofrida pela Corte Interamericana, são aprovados pelo Estado brasileiro dois marcos normativos essenciais à luta pela justiça de transição: a Lei 12.527/2011 que regula o acesso à informação; e a Lei 12.528/2011 que cria a Comissão Nacional da Verdade. Em 16.05.2012, foram empossados os integrantes da Comissão Nacional da Verdade, dando início às atividades a Comissão.

Isto, porque foi reconhecido tanto pela jurisprudência nacional, quanto internacional, bem como na medida em que foi abarcado pelos instrumentos de direitos humanos e amparado por práticas estatais, principalmente por meio do estabelecimento de comissões de verdade e reconciliação.

Um dos desafios centrais da justiça de transição no Brasil é assegurar o direito à verdade em sua dupla dimensão individual e coletiva, o que, em muito, está condicionado ao êxito do trabalho da Comissão da verdade. Outro desafio será como lidar com a verdade e em que medida a efetivação deste direito demandará a luta pelo direito à justiça e por reformas institucionais.

Para Paola Bianchi Wojciechowski:

A justiça de transição apresenta-se para os Estados como balizas a serem guiadas, de modo que estes, ao aderirem livremente aos Sistemas Global e Regionais de Proteção aos Direitos Humanos, já não gozam de liberdade plena ao enfrentar, durante as transições políticas, as questões relativas às violações massivas e sistemáticas observadas durante o governo predecessor internacional.¹²⁰

Sob a ótica republicana e democrática, considerando ainda as obrigações internacionais do Estado brasileiro em matéria de direitos humanos, implementar os mecanismos da justiça de transição é condição para romper com uma injustiça

¹²⁰ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis de anistia e os sistema internacional de proteção dos direitos humanos: estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile**. Curitiba: Juruá, 2013.

permanente e continuada, que compromete e debilita a construção democrática. Endossa-se a obrigação jurídica internacional do Estado brasileiro decorrente dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, com destaque a Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada em 1992), à Convenção contra a Tortura (ratificada em 1989) e à Convenção Internacional para a Proteção de todas as pessoas contra o Desaparecimento Forçado (ratificada em 2010), de investigar e punir graves violações a direitos humanos.

Não pode a lei de anistia prevalecer em detrimento do “Jus Cogens” internacional concernente à absoluta proibição da tortura e do desaparecimento forçado e ao conseqüente dever do Estado de responsabilizar criminalmente os perpetradores destas violações de gravidade extrema. Ressalte-se, que o crime de desaparecimento constitui crime permanente até que sejam localizados os restos mortais dos desaparecidos. Por ser crime permanente, cuja consumação encontra-se em curso, o desaparecimento não estaria acobertado pela lei de anistia.

Sobre isso, Margareth Leister escreveu que:

A jurisprudência internacional entende que estes crimes são tipificados como crimes contra a humanidade, de execução permanente – por consequência, ainda não prescreveram, pois a contagem da prescrição se inicia quando cessa a permanência, vale dizer, quando o destino e o paradeiro sejam esclarecidos. Como visto, a jurisprudência da Corte Interamericana é no sentido de que estes crimes são continuados até que se descubra o destino das pessoas desaparecidas, ainda que os fatos tenham ocorrido, no caso do Brasil, no período compreendido entre 1964 e 1985. E mais: que a punição destes crimes é obrigatória, norma cogente de direito criminal.¹²¹

Inaceitável moral e juridicamente é a indiferença à prática sistemática de tortura e de desaparecimento forçado que maculam o passado brasileiro, fundamental é assegurar os direitos à verdade e à justiça.

A justiça de transição não consiste em atos de revanchismo ou mera vingança, destituídos de qualquer finalidade, trata-se de reatar os laços de confiança entre a sociedade civil e o Estado democrático de direito, dissolvidos por regimes

¹²¹ LEISTER, Margareth Anne. Do desaparecimento na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2 v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

políticos autoritários, nos quais a dignidade da pessoa humana foi violada em todas as suas dimensões.

Por fim, o Estado brasileiro demonstrou-se, em grande medida, alheio aos parâmetros internacionais de proteção da pessoa humana, no que concerne ao acautelamento do direito à justiça, conferindo ampla interpretação à Lei 6.683/79, a qual apresenta vigência plena nos dias atuais, inclusive devido à recente decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF 153/2008, pela qual se pretende encerrar o assunto referente à possibilidade de revisão ou interpretação diversa da Lei de Anistia.

Em razão disso, o Brasil foi condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 21.11.2010, ocasião em que se ratificou o posicionamento adotado em inúmeros julgados anteriores, no sentido de que as leis de anistia são incompatíveis com as obrigações e direitos assumidos pelos Estados, no âmbito internacional de proteção dos direitos humanos, motivo pelo qual não gozam de qualquer eficácia jurídica.

Assim, o que se espera neste momento da justiça transicional brasileira é que os magistrados, ao se depararem com eventuais denúncias oferecidas em face de agentes do Estado, em razão da prática de crimes atrozes cometidos sob a égide do regime militar (que configuram verdadeiros crimes contra a humanidade), não se escusem de julgar tais casos, sob a fundamentação de que a Lei de Anistia afastaria a persecução penal em tais casos.

No que concerne ao direito à verdade, vislumbra-se que, no país, até mesmo os mecanismos de natureza não penal, tendentes a garantir o direito à verdade e reconstituição da memória, tardaram a ser concretizados. Apenas em 18.11.2011, instituiu uma Comissão da Verdade, a fim de examinar e esclarecer as graves e sistemáticas violações de direitos humanos perpetradas.

Traçando-se um paralelo entre as medidas adotadas nos três países, infere-se que o Brasil apresenta maior resistência em relação aos marcos da justiça de transição, bem como, que tal negação advém em grande parte da herança autoritária que impossibilita a solidificação de um Estado democrático que priorize o respeito e defesa dos direitos humanos de seus cidadãos.

As questões de direitos humanos envolvidas transcendem o Estado brasileiro e, direta ou indiretamente, acabarão absorvendo os impactos do Sistema

Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, notadamente após a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As autoanistias não podem representar um entrave ao livre desembaraço dos mecanismos da justiça de transição, competindo harmonizar o âmbito jurídico doméstico com as disposições internacionais decorrentes do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos.

É um grande desafio ao Estado brasileiro, na atualidade, pois deve afinar-se com o posicionamento internacional da ONU e da OEA, bem como as posturas adotadas pelos vizinhos do Cone Sul, no que diz respeito ao rechaço das leis de anistia, e conferir eficácia à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

CONCLUSÃO

O processo de constante aperfeiçoamento das sociedades democráticas em todo o mundo traz consigo a recorrente discussão de assuntos polêmicos tais como a representatividade política, a alternância de poder e as questões ligadas aos crimes políticos ou critérios de anistia entre outros. São comuns as querelas que envolvem a responsabilização de tiranos e ditadores depostos e seus sucessores, principalmente quando isto ocorre democraticamente. Tais questões são em geral eivadas por forte viés ideológico e podem ser verificadas nas mais diferentes sociedades e em épocas distintas.

Na América Latina, por exemplo, esta discussão ainda acirra os ânimos das pessoas especialmente nos últimos 30 anos países que emergiram para a democracia e ainda causa embates acalorados entre os defensores dos agentes do Estado que estiveram a serviço das diversas ditaduras militares latino-americanas e os familiares de desaparecidos políticos, antigos presos e também pelos anistiados.

A profusão de ações judiciais provocadas no embate entre famílias de desaparecidos políticos no Brasil, durante o governo militar, e o Estado brasileiro é um exemplo desta realidade e traz em seu bojo a tentativa de revisão da Lei de Anistia, apesar dos recentes julgados do STF que confirmaram a validade da norma editada em 1979, impedindo com isto a punição de agentes de Estado e ativistas que cometeram crimes políticos durante o período daquela ditadura militar brasileira.

De fato, o mundo mudou consideravelmente após a Segunda Guerra Mundial e com o surgimento da ONU questões como esta deixaram a esfera doméstica e ganharam ampla discussão nos fóruns internacionais. A própria ONU foi se aperfeiçoando na luta pela democracia com o passar do tempo e instituiu diversos organismos internacionais para evitar os regimes absolutistas e incentivar as práticas democráticas e a proteção aos direitos humanos.

Também foi sendo aperfeiçoado o ramo do Direito Internacional Público, com sua especialização na proteção aos direitos humanos, o que resultou na criação de um sistema internacional que pudesse aplicar regras de Jus Cogens e garantir a harmonia entre as nações e o respeito a princípios universalmente consagrados.

O surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Sistema Internacional e dos Sistemas Regionais vem sendo aperfeiçoado a cada dia e estão

colaborando para refinar a democracia em todo o planeta, independente do tipo de sociedade em que for aplicada. Trata-se de um processo de constante melhoria das regras e das disposições internacionais que buscam consagrar a igualdade, liberdade e fraternidade dos povos, nos termos da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Este processo não é simples, e esbarra muitas vezes em obstáculos culturais arraigados em sociedades solidamente estruturadas que se mostram indevassáveis a imposições alienígenas sobre o dia-a-dia de seus integrantes. É fato, porém que já ocorreram significativos progressos se for considerada segunda metade do século XX.

Neste constante aperfeiçoamento da democracia, talvez um dos assuntos mais polêmicos seja a questão dos crimes políticos cometidos na vigência de um regime defenestrado do poder por revoluções, golpes ou mesmo pela vontade popular. A começar pela própria definição de crime político que ainda não foi convenientemente resolvida e passando pela atitude de agentes do estado que cumprem ordens em ações de combate a dissidentes políticos, o assunto gera intermináveis discussões, trazendo a tona paixões e convicções ideológicas que em nada colaboram para a solução dos problemas.

O exemplo brasileiro não foi diferente. A ditadura militar iniciada como o golpe de 31 de março de 1964 e consideravelmente agravada pela edição do Ato Institucional nº 5 de 13 de dezembro de 1968 provocou terríveis embates entre os agentes do Estado representados pelos integrantes das Forças Armadas e as polícias estaduais e alguns dissidentes que optaram pelo uso da luta armada para fazer valer seus pleitos. A luta entre a ditadura e tais dissidentes que eram chamados de subversivos provocou mortes em ambos os lados e abriu feridas que até hoje ainda não cicatrizaram.

A abertura política que foi conduzida pelo próprio governo militar tentou sepultar diversos fantasmas por meio da edição de uma lei de anistia, que na visão do governo, deveria ser ampla e atingir aos dois lados envolvidos, porém, o legislador, com toda sua reconhecida competência, uma vez que a lei possui mais de 30 anos e ainda não foi revogada, não conseguiu prever todas as situações e mais que isso não previu o notável aperfeiçoamento dos mecanismos internacionais de defesa dos direitos humanos, os quais passaram a pressionar o governo democrático do Brasil a observar determinados princípios antes não reconhecidos.

A partir de 1985, com a redemocratização do Brasil, pressionados internamente por setores da própria sociedade brasileira e também por organismos tais como a Anistia Internacional, Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos e outros, o governo brasileiro teve que ceder em diversos pontos no que diz respeito à lei de anistia política de 1979.

Os questionamentos sobre a Lei de Anistia se iniciaram 9 anos após sua promulgação por ocasião da Constituição Federal de 1988, primeiro pelo debate de sua recepção constitucional, logo reconhecida pelo STF e depois em consequências arguições da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela inconstitucionalidade da lei por ferir dispositivos previstos na própria Carta Magna.

As teses arguidas foram derrubadas uma a uma pelo STF, e finalmente em 2010, o STF julgou um pedido da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) pela completa revisão na Lei da Anistia. A suprema corte brasileira considerou a lei constitucional e manteve sua validade, o que impede que agentes da ditadura sejam responsabilizados criminalmente por atos cometidos durante o regime.

Considerando que o tema Direitos Humanos possui um tratamento diferenciado nas disposições dos organismos internacionais e de sorte no ordenamento jurídico brasileiro, em termos de eficácia entendeu o STF que qualquer tratado internacional ratificado pelo Brasil, passa a fazer parte do direito interno brasileiro, no âmbito da legislação ordinária, sem força para mudar o texto constitucional, pois, sendo a Constituição Federal a expressão máxima da soberania nacional, está ela acima de qualquer tratado ou convenção internacional que com seu texto conflite.

Não há, segundo o Supremo, garantia de privilégio hierárquico dos tratados internacionais sobre o direito interno brasileiro, devendo-se garantir a autoridade da norma mais recente, pois é paritário o tratamento brasileiro, dado às normas de direito internacional (*lex posterior derogat priori*). A prevalência de certas normas de direito interno sobre as de direito internacional público decorre de primados do próprio STF, com base na especialidade das leis no sistema jurídico constitucional, posto que uma lei geral seria incapaz de derogar uma outra que a ela seja especial (HC 72.131-RJ).

Sem embargo deste entendimento, ficou estabelecido que quando ocorre incorporação em seu texto direitos fundamentais, provenientes de tratados, está ela própria atribuindo-os uma natureza especial e diferenciada, qual seja, "a natureza de

norma constitucional", passando tais direitos a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, estando amparadas inclusive pelas chamadas cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4.º, IV).

Os demais tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, não tem natureza de norma constitucional, terão sim, natureza de norma infraconstitucional, extraída do art. 102, III, b, da Carta Magna de 1988.

Esse resultado é obtido interpretando-se o § 2.º do art. 5.º da atual Carta Magna, em conjunto com o art. 4.º, II, do mesmo diploma, que dispõe sobre o princípio da prevalência dos direitos humanos, chamado por Antônio Augusto Cançado Trindade de princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas.

Os tratados internacionais têm sua forma própria de revogação, que é a denúncia, não se podendo mais falar que a legislação interna, pelo critério cronológico, tem poder para revogar ou derogar tratado internacional. Este, só pode ser alterado ou modificado por outra norma de categoria igual ou superior, que seja internacional, jamais por lei interna, como já bem sustentaram Antonio Carlos Malheiros, Haroldo Valladão e Philadelpho Azevedo.

Os direitos humanos, portanto, devem ultrapassar qualquer barreira impeditiva à consecução dos seus fins, mesmo que esta seja uma imposição constitucional. Quando um tratado internacional de proteção a direitos humanos vem ampliar alguns dos direitos contidos na Constituição, tal tratado passa a ter, por autorização expressa da Carta Magna (art. 5.º, § 2.º), força para modificá-la, a fim de ampliar a ela os direitos nele contido.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ADORNO, Sérgio; IZUMUNO, Wânia Pasinato. As Graves Violações de Direitos Humanos: o tema e a pesquisa. *In*: PINHEIRO, Paulo Sérgio (Pesquisador Responsável). **Continuidade Autoritária e Construção da Democracia**. São Paulo, Relatório Final, Volume 1, NEV-USP, 1999.
- ALVES, Maria Helena Moreira. **O Golpe de 66 e o Regime 68**. Disponível em <<http://br.monografias.com/trabalhos914/golpe-regime-variaveis/golpe-regime-variaveis2.shtml>> Acesso em 24 de junho de 2013.
- AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 12, nº 49, p. 76, jul./ago. 2004.
- _____; CHOUKR, Fauzi Hassan (orgs). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ARAÚJO, Nádja de. A internacionalização dos tratados internacionais no direito brasileiro e a ausência de regulamentação constitucional. *In*: **Juris Síntese Millennium**. jan-fev 2004. STF. Carta Rogatória nº 8.279, Plenário, Rel. Min. Celso de Melo, DJU 29.06.1998. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2013.
- ARENDT, Hannah. **Crises da República**. São Paulo: Perspectiva, 1973.
- _____. **As Origens do Totalitarismo**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1979.
- ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: O Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BAPTISTA, Eduardo Correia. **'Ius cogens' em direito internacional**. Lisboa: Lex, 1997.
- BARBOSA, Salomão Almeida. As Relações Internacionais na Constituição da Argentina. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 7, n. 74, p.01-14, ago/set, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/PDF/SalomaoBarbosa_Rev74.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2013.
- BICUDO, Helio. Anistia desvirtuada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 53, p. 88, mar/abr. 2005.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. I e II. Brasília: EDUNB, 2000.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANDÃO, Gildo Marçal. **A ilegalidade mata: o Partido Comunista e o sistema partidário (1945-64)**. RBCS, nº. 33, ano 12, fev. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 1.480/DF, STF, Rel. Min. Celso Mello, DJU 15.09.1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nº 153, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 02 set. 2013.

CANCELLI, Elisabeth. **O mundo da violência: repressão e estado policial na era Vargas (1930-1945)**. 2 vols. Tese de doutorado. Campinas: Unicamp, 1991.

CIDH. **Comissão interamericana de Direitos Humanos**. Endereço Eletrônico. Disponível em: < <http://www.cidh.oas.org/que.port.htm>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Anistia para quem? *In*: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coords.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

D'ARAUJO, Maria Celina. **Fatos e Imagens: artigos ilustrados de fatos e conjunturas do Brasil**. Disponível em: < <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/AI5>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

DA SILVA, Ivan Candido. **A construção do conceito de crime político no stf na nova ordem constitucional: mudanças de entendimento nos Casos Battisti e Lei de Anistia?** Monografia Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. São Paulo. 2010.

DE CICCIO, Cláudio. **Teoria geral do Estado e ciência política**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DUARTE, Mônica. **Execução de Organismos Internacionais de Proteção de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: UNIVALI, 2010.

ENGSTROM, Par. **A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/livro_mj_anistia_comparada.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2013.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004. **Revista Mestrado em Direito: Direitos Humanos e Fundamentais**. Osasco, vol.7, n.1, p.131, 2007. Disponível em: <<http://intranet.unifieo.br/legado/edificio/index.php/rmd/article/view/88/145>>. Acesso em: 13 mai. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRAGOSO, Claudio Heleno. **Terrorismo e Criminalidade Política**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **A Nova Lei de Segurança Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_58/panteao/HelenaClaudioFragoso.pdf>. Acesso em: 17 jun.2013.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Reflexões sobre os Direitos Humanos no Mundo Muçulmano**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/ligaarabe/frota_reflexoes_dh_mundo_muculmano.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2013.

GOMES, Luiz Flavio. **A Lei De Anistia Viola Convenções de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-10/coluna-lfg-lei-anistia-viola-convencoes-direitos-humanos#autores>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**. Barueri: Manole, 2005.

LEISTER, Margareth Anne. Do desaparecimento na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2. v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARTINS, Ana Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Imprescritibilidade dos crimes de tortura. *In*: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000.

OLIVEIRA, Lisiane Dutra de. **Os Problemas da Auto Anistia e o Caso Brasileiro**. Monografia Educação em Direitos Humanos na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

PAMPLONA, Gustavo. **Crimes Políticos, Terrorismo, Extradicação: nos passos de Hannah Arendt**. Disponível em: <<http://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2011/12/13/crimes-politicos-terrorismo-extradicao-hannah-arendt-gustavo-pamplona-livro/>>. Acesso em: 02 jul. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas. Política Externa**. São Paulo, v. 17, n.2, set/out/nov, 2008.

PLÁCIDO E SILVA, De. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

REZEK, Francisco. Justiça Internacional e Direitos Humanos. *In*: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth Anne (orgs). **Direitos Humanos fundamentais: doutrina, prática, jurisprudência**. 2. v. Osasco: EDIFIEO, 2009.

SILVA, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. **Crimes políticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, M. M. **Trama da comunicação** [S.l.]: c1992. Disponível em: <<http://www.avesso.net/suicídio.htm>>. Acesso em: 01 out. 2012.

SOUSA, Rainer. **Ditadura chilena**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historia-da-america/ditadura-chilena.htm>>. Acesso em: 18 jul.2013.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Anistia Penal Problemas da Validade da Lei de Anistia Brasileira**. Curitiba: Juruá. 2008.

TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura. **Justiça Reparadora no Brasil**. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coords.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. 2. ed. Brasília: UnB, 2000.

TRINDADE, Germana Assunção. **A Posição Hierárquica do Tratado À Luz do STF**. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/Prof.%20Germana.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis de anistia e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos: estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile**. Curitiba: Juruá, 2013.

