

RESUMO

A discussão sobre o alcance da Lei 6.683/79, sob a vigente Carta Magna, já ultrapassou o campo acadêmico e está sendo realizada dentro do Judiciário pela ação civil pública nº 2008.61.00.011414-5, impetrada pelo Ministério Público Federal contra à União Federal e contra os agentes públicos Carlos Brilhante Ustra e Aadir dos Santos Maciel, ex-comandantes do DOI-CODI de São Paulo, e pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, impetrada pelo Conselho Federal da OAB, buscando interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar que a anistia concedida pela Lei nº 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes de tortura praticados pelos agentes da repressão. Esse artigo discute a Lei de Anistia publicada no Governo militar do presidente Figueiredo, a Lei 6.683/79, tentando estabelecer as suas conseqüências dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Discuti-se inicialmente a anistia e o moderno conceito de justiça de transição. Pontuam-se os pressupostos históricos da anistia. Procede-se, por fim, à análise da Lei 6.683/79 ante a perspectiva do Direito Internacional, mais especificamente, do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já firmou posicionamento, afastando a possibilidade de as leis de auto-anistia terem vigência ante os tratados internacionais de Direitos Humanos, existindo, assim, alguns julgados importantes para o entendimento da discussão.

PALAVRAS-CHAVES: Anistia. Justiça de transição. Direito Internacional. Direitos humanos.

ABSTRACT

The discussion on the scope of Law 6683/79, under the current Constitution, has gone beyond the academic field and is being held in the judiciary by public civil action No. 2008.61.00.011414-5, filed by federal prosecutors against the Federal Government and against public officials and Charles Bright Ustra Aadir dos Santos Maciel, former commanders of the DOI-CODI of Sao Paulo, and the petition for Breach of Fundamental Precept No. 153, filed by the Federal Bar Association, seeking to interpret the Constitution as so to declare that the amnesty granted by Law No. 6683/79 political crimes or related does not extend to crimes of torture committed by agents of repression. This article discusses the Amnesty Act published in the military government of President Figueiredo, Law 6683/79, trying to establish its consequences within the Inter-American Human Rights. Initially discussed the amnesty and the modern concept of transitional justice. To punctuate the historical conditions of amnesty. It is necessary, finally, the analysis of the Law 6683/79 at the prospect of international law, more specifically, the Inter-American Human Rights. The Inter-American Court of Human Rights has strengthened position, holding that the laws of self-amnesty before they force the international treaties on Human Rights, have therefore some deemed important to understanding the discussion.

KEYWORDS: Amnesty. Transitional Justice. International Law. Human Rights.

INTRODUÇÃO

Esse artigo discute a Lei de Anistia publicada no Governo militar do presidente Figueiredo, a Lei 6.683/79, tentando estabelecer as suas conseqüências dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A discussão sobre o alcance da Lei 6.683/79, sob a vigente Carta Magna, já ultrapassou o campo acadêmico e está sendo realizada dentro do Judiciário, a saber: a) a ação civil pública nº 2008.61.00.011414-5, impetrada pelo Ministério Público Federal contra à União Federal e contra os agentes públicos Carlos Brilhante Ustra e Aadir dos Santos Maciel, ex-comandantes do DOI-CODI de São Paulo, a fim de reaver destes os valores despendidos pela União com as indenizações pagas pelo Erário às famílias, com fundamento na Lei nº 9.140/95; b) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, impetrada pelo Conselho Federal da OAB, buscando interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela Lei nº 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes de tortura praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar.

Discute-se inicialmente a anistia e o moderno conceito de justiça de transição. A justiça de transição é o estudo dos mecanismos utilizados pela sociedade para enfrentar grandes abusos do passado, buscando assegurar responsabilidade, justiça e reconciliação. É a justiça necessária durante a transição de regimes autoritários para democráticos, assim como em processos de paz dentro de um conflito em curso. As vítimas, além de justiça, têm direito a verdade e a reparação. A Lei nº 6.683/79 é apenas, nessa perspectiva, mais um

dos instrumentos utilizados para assegurar o retorno à harmonia social.

Antes de se analisar os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pontuam-se os pressupostos históricos da anistia. Na história, sua gênese se encontra na Grécia, no entanto alguns entendem que esta só ocorreu posteriormente, em Roma. De uma forma ou de outra, o certo é que, de Roma, o instituto disseminou-se por todo o mundo ocidental. Com o surgimento do Estado Moderno, a anistia teve a utilidade questionada, por estar associada ao poder absoluto do rei, só sendo recuperada posteriormente com o Estado de Direito e a separação de poderes, adquirindo seus traços atuais.

Procede-se, por fim, à análise da Lei 6.683/79 ante a perspectiva do Direito Internacional, mais especificamente, do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já firmou posicionamento, afastando a possibilidade de as leis de auto-anistia terem vigência ante os tratados internacionais de Direitos Humanos, existindo, assim, alguns julgados importantes para o entendimento da discussão.

1 Justiça de transição e anistia no Brasil

O momento de passagem de um Estado totalitário a um Estado democrático reflete-se sobre as mais amplas esferas da sociedade. A justiça entre esses dois momentos da sociedade é especial e respeita caracteres singulares – é a chamada Justiça de Transição.

Segundo Kai Ambos, justiça de transição é o processo que *“comprende el entero ámbito de los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar un legado de abusos a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir justicia y lograr reconciliación”*^[1]. É a justiça feita durante a transição de regimes (ditadura para democracia, por exemplo), assim como em processos de paz dentro de um conflito em curso.

As medidas aplicadas, na justiça de transição, podem ser de natureza judicial (investigação, processamento, julgamento, reparação civil etc), como também de natureza não judicial (instituto do perdão, reforma de instituições etc) e a qualidade desta justiça está diretamente ligada à influência da antiga elite do poder, à independência das instituições e à participação popular envolvida.

A justiça de transição destaca-se da justiça comum porque *“se ocupa de abusos a gran escala y especialmente graves cometidos o tolerados por un regime pasado, normalmente autoritario, en el marco de un conflicto militar o, al menos, sociopolíticamente violento”*^[2].

A *“justicia em justicia de transición es sobre todo y predominantemente justicia para las víctimas”*^[3]. Essas, além de justiça, têm direito à verdade e à reparação^[4], daí serem instrumentos para efetivação da justiça de transição: a anistia, as comissões de verdade, a reparação civil etc. A justiça, nestas transições, deve ser entendida de modo muito amplo, não se atendo apenas à justiça penal retributiva, mas também à restaurativa da comunidade, buscando o equilíbrio possível entre a paz e o justo. Um exemplo interessante sobre a justiça transicional encontra-se na Comissão de Verdade e Reconciliação, instalada na África do Sul, no período pós-*apartheid*.

Sob a liderança do Reverendo Desmond Tutu, a Comissão foi instalada como alternativa aos tribunais judiciais que vinham julgando os crimes ocorridos durante o *apartheid*, inclusive aqueles que teriam sido cometidos pelo Congresso Nacional Africano. A Comissão realizava sessões públicas televisivas em canal aberto e mobilizou a sociedade. Uma de suas características centrais, e que gerou muitas críticas no início dos trabalhos, era o fato de que todos aqueles que se dispusessem voluntariamente a contar toda a verdade sobre os crimes políticos (em sentido amplo) que teriam cometido durante o *apartheid* seriam anistiados pela Comissão. Os depoimentos eram realizados na presença das vítimas (quando vivas) ou de seus parentes e advogados, que poderiam fazer perguntas ao criminoso confesso. Com a possibilidade de anistia, a ênfase do procedimento não estava na punição dos culpados ou responsáveis, mas na restauração da harmonia social, expressa por meio da categoria nativa *Ubuntu*. Além do caráter catártico dos depoimentos para vítimas e agressores, o desvendamento de eventos carregados de simbolismo e emoção para as partes, em um contexto institucional muito significativo e amplamente compartilhado pela sociedade como um todo, acabou tendo um forte componente terapêutico, viabilizando a reparação de ofensas e sofrimentos que, segundo os atores, uma condenação judicial jamais teria realizado. (...) Em poucas palavras, o processo de (re)discussão dos crimes do *apartheid* no âmbito da Comissão, dramatizado nos depoimentos e na busca por esclarecimento dos atores, cuja indignação e eventual arrependimento (dos agressores) são “ritualmente” sancionados pelo Estado, produz uma ressimbolização da experiência das partes e a renovação de suas identidades como pessoas morais, dignas do respeito e da consideração que haviam perdido^[5].

No Brasil, além da Lei de Anistia, foram criadas duas comissões especiais, como meios alternativos de superação do passado e efetivação da justiça de transição: a Comissão de Mortos e de Desaparecidos Políticos e a Comissão de Anistia.

A Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, criou a Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos. Essa lei foi considerada o marco jurídico para o reconhecimento da responsabilidade do Estado Brasileiro pelo assassinato dos opositores políticos ao regime militar, no período entre 2 de setembro de 1961 a 15 de

agosto de 1979. Essa Comissão “posteriormente foi alterada pela Lei 10.536/02, que estendeu o lapso temporal até 5 de outubro de 1988”^[6]. A Lei nº 9.140, é, notadamente, um instituto que instrumentaliza o direito à verdade das vítimas, no entanto, além de solucionar casos de mortos e desaparecidos, também realiza a indenização às famílias. Os trabalhos da Comissão foram ainda ampliados pela Lei 10.875/04, para alcançar os casos de suicídio resultantes de seqüelas psicológicas decorrentes de tortura. Um dos resultados da comissão foi o livro *Direito à Memória e à Verdade*^[7]. Por fim, cabe ainda a essa Comissão coletar mostras sangüíneas a fim de produzir um banco de dados que possa orientar novos trabalhos de reconhecimento de corpos dos que ainda estão desaparecidos.

Já a Comissão de Anistia foi instalada pelo Ministério da Justiça, em 2001, com o objetivo de examinar e julgar administrativamente os pedidos de indenização formulados por aqueles que foram impedidos de exercer atividade econômica, por motivação exclusivamente política, entre setembro de 1946 até outubro de 1988.

Destarte, na busca de um equilíbrio entre justiça e paz social, os instrumentos alternativos de justiça de transição, no Brasil, auferiram relativo sucesso em seus objetivos. Com essas comissões, o Governo brasileiro realizou o direito à verdade e à reparação, entretanto, a justiça penal (persecução, julgamento e execução) dos crimes ocorridos não obteve qualquer resultado por causa do impedimento ao acesso à Justiça ensejado pela Lei 6.683 de 1979, a Lei da Anistia.

Contudo, antes de analisar a Lei 6.683/79 ante aos tribunais internacionais situar-se-á a evolução histórica do instituto a fim de se poder compreender melhor as atuais mudanças e as inovações profundas dos julgados da Corte Internacional de Direitos Humanos.

2 Anistia: origem e evolução

A anistia é uma das espécies de graça. Esta é empregada desde tempos imemoriais. Muito antes da Civilização Grega, o perdão a determinados crimes já existia.

Em certo sentido, quanto menor fosse a organização jurídica e as instituições de direito nos estados, mais o poder de graça era necessário. Em não havendo tribunais para julgar os crimes, quase sempre isto cabia aos monarcas, os quais, a depender da conveniência e da sua magnanimidade, podiam usar também seu poder de perdoar os réus. Com o surgimento dos primeiros tribunais de justiça nos estados a partir da Grécia e de Roma, a graça começa a tomar forma de institutos jurídicos soberanos. E então que aparece o indulto e a anistia (...)^[8].

Os autores divergem quanto ao momento inicial do surgimento da anistia^[9]. Para alguns autores, a origem da anistia encontra-se na Grécia, mais especificamente na Cidade-Estado de Atenas, no ano de 594 a.C., quando Sólon foi eleito arconte. Sólon, com a finalidade de realizar reformas socioeconômicas e políticas para combater a aristocracia grega, editou uma lei de anistia^[10]. Depois de haver recusado a tirania, Sólon reintegrou, por ato geral e de forma ampla nos direitos e privilégios de cidadão, os anistiados, só excluindo aqueles que foram julgados no pritaneu sob a nota de traição ou homicídio^[11].

Para outros, só em Roma o instituto surgiu, mais especificamente durante o Império. Neste período, a vontade do imperador impõe-se, concedendo a anistia sob o nome de *generalis abolitio*. Esse privilégio imperial apresenta-se em duas modalidades, segundo Railda Saraiva de Moraes:

1) a *abolitio*, quando a graça era concedida antes da condenação – e se denominava, e não, de indulgência, vênica, intercessão ou anistia, produzindo efeito extintivo da ação; e 2) a *gratia*, propriamente, concedida depois da condenação, que podia ocorrer antes, durante ou depois do cumprimento da pena, e se caracterizava pela remissão da pena executória ou executanda, ou então, é concedida após cumprida a penalidade imposta, operava a reintegração do condenado em seus direitos^[12].

Esse favor imperial pode também ser concedido mediante uma graça coletiva ou ainda sob a forma de um perdão geral, no início e nos fins dos governos, chamada de *Lex obliviones*. Pontes de Miranda assegura que “com ela, como mediante a nossa anistia, olvida-se o ato criminal, com a consequência de se lhe não poderem atribuir efeitos de direito material ou processual”^[13].

Independentemente de onde tenha surgido, do Direito Romano, a anistia irradiou-se à outras legislações, sendo acolhida nos mais diversos Estados. No final da Idade Média, com o surgimento do Estado Moderno^[14], a centralização do poder nas mãos do monarca refletiu-se inevitavelmente sobre o Direito.

A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispoñdo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresenta como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume a estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito^[15].

Uma vez que em qualquer sociedade “o tipo de Direito existente se relaciona com um determinado tipo de poder”^[16], aquele deixou de ser um mero coadjuvante nas relações sociais, tornando-se racional^[17] e assumindo o seu atual papel de destaque dentro do Estado. Não mais se “tratava de descobrir uma ordem

jurídica solidificada através da tradição. Era necessário, agora, estudar, a fundo, a *ratio* que promanava daquela *lex scripta* universal, aplicável a quaisquer situações da vida cotidiana”.^[18]

Essa mútua dependência entre Direito e poder reflete-se inexoravelmente sobre a anistia, estando vinculada, no período, diretamente ao monarca, que encarna a soberania e o seu absoluto poder. A anistia e a punição, no início do Estado moderno, são prerrogativas do rei. No Estado absoluto, a infração é o rompimento da legalidade, que significa, nesta situação, o rompimento da vontade do soberano. Sobre o corpo do condenado baixa o manto do suplício, que é a “arte quantitativa do sofrimento”.^[19] ^[20] A dor torna-se a medida reguladora da pena. “O suplício não restabelecia a justiça, mas reatava o poder”.^[21] O condenado, uma vez dentro do processo de suplício, já não possui domínio sobre seu pudor, seu corpo, sua vida, resta-se entregue ao carrasco, “coisificado” como objeto dos autos, estendendo-se o suplício às vezes até mesmo após a morte.^[22] O suplício devia ficar gravado na memória do público e na pele da vítima, entendendo-se que um suplício representa vários ao mesmo tempo na mente de cada espectador, daí se inferia a eficiência do controle do poder.

O poder é do rei e isso significa que o Judiciário^[23] e o Legislativo representam o mesmo rei, sendo extensões de seu uno poder. A pena e a anistia são a mesma manifestação do poder absoluto apenas com sinais contrários^[24]. O rei é quem detém o poder de dizer a lei penal, indicando o crime e a pena e, quando possível, a possibilidade de esquece-los. O rei, longe de buscar uma justiça proba, intervém nela, impedindo

o curso regular e austero da justiça, pelos perdões, comutações, evocações em conselho ou pressões diretas sobre os magistrados. (...) Essa disfunção do poder provém de um excesso central: o que se poderia chamar o “superpoder” monárquico que identifica o direito de punir com o poder pessoal do soberano.^[25]

A discricionariedade do rei, de punir ou agraciar, “conduziu frequentemente ao uso imoderado da indulgência soberana, o que não passou despercebido aos políticos e publicistas da época, preocupados em assegurar o prestígio das normas penais”.^[26] A anistia aqui é percebida como arbítrio do rei e não como defesa do indivíduo ou da paz social.

Contribuíram com a decadência desse modelo de direito punitivo, além da resistência do povo ao suplício – muitas vezes salvando o condenado, quando o percebiam inocente: atacando o carrasco; destruindo o cadafalso e ativando revoltas contra o poder punitivo e o rei –, a elevação do nível de vida, o aumento demográfico, o acúmulo de riqueza e a necessidade de obter mais segurança sobre os bens materiais.

Na metade do século XVIII, então, buscando uma nova relação entre o poder do soberano e o direito de punir, os grandes “reformadores”.^[27] procuraram não criar um novo direito punitivo, mas estabelecer uma nova economia do poder. Objetivava-se que esse poder fosse difundido de maneira mais intensa na sociedade. Em vez do arbítrio do rei, devia a pena ser a consequência natural do crime. Era preciso ser mais vigilante em vez de severo.^[28] A infração não agredia, assim, diretamente a pessoa do rei, mas todo o corpo social, ensejando a busca de restaurar a equidade e a paz dentro da sociedade; a punição agora defendia a sociedade, restabelecendo a ordem. Resumindo as idéias dos reformadores sobre a relação entre o direito de punir do rei e o uso da graça e das suas espécies, Beccaria aduz:

O direito de punir não pertence a nenhum cidadão em particular; pertence às leis, que são o órgão da vontade de todos. Um cidadão ofendido pode renunciar à sua porção desse direito, mas não tem nenhum poder sobre a dos outros. Quando as penas se tiverem tornado menos cruéis, a demência e o perdão serão menos necessários. Feliz a nação que não mais lhes desse o nome de virtudes! A demência, que se tem visto em alguns soberanos substituir outras qualidades que lhes faltavam para cumprir os deveres do trono, deveria ser banida de uma legislação sábia na qual as penas fossem brandas e a justiça feita com formas prontas e regulares. (...) O direito de conceder graça é sem dúvida a mais bela prerrogativa do trono; é o mais precioso atributo do poder soberano; mas, ao mesmo tempo, é uma improbação tácita das leis existentes. O soberano que se ocupa com a felicidade pública e que julga contribuir para ela exercendo o direito de conceder graça, eleva-se então contra o código criminal, consagrado, mau grado seus vícios, pelos preconceitos antigos, pelo calhamaço impostor dos comentadores, pelo grave aparelho das velhas formalidades, enfim, pelo sufrágio dos semi-sábios, sempre mais insinuantes e mais escutados do que os verdadeiros sábios. (...) Quando o soberano concede graça a um criminoso, não será o caso de dizer que sacrifica a segurança pública à de um particular e que, por um ato de cega benevolência, pronuncia um decreto geral de impunidade?^[29]

No começo do séc. XIX, o indivíduo e a sociedade respiravam uma atmosfera liberalista e foi, neste contexto, que surgiu o Estado de Direito como tipo especial de Estado que podia seguir quaisquer fins e objetivos, desde que respeitada a lei. A lei era a liberdade antes de tudo, antes mesmo da igualdade; liberdade ante o arbítrio real.^[30] “O Estado assume o caráter de Estado de Direito não porque o Direito seja a origem do Estado, mas porque o Estado encontra no Direito tanto a sua justificação como o seu limite racional”.^[31] Somente as leis deveriam regular o ordenamento e estas haveriam de ser abstratas, a fim de poderem ser aplicadas a todos indistintamente. Como o Estado se tornou sujeito de deveres e direitos, passou então a ser pessoa jurídica, podendo assim o indivíduo exercer seu direito contra o Estado.

Somando-se então o Estado de Direito à idéia – do século anterior – da divisão de poderes, estava assegurado verdadeiramente um campo seguro ao cidadão frente ao Estado. Na técnica da divisão de

poderes, o Poder é repartido para impedir sua concentração em somente um órgão estatal, evitando que seja objeto de abuso, caso não sofra qualquer controle. Os poderes divididos são independentes, mas reciprocamente se limitam pelo sistema de freios e contrapesos^[32]. Dessa polaridade, autonomia e limitação recíproca, evita-se o abuso do poder.

Desta forma, elude-se também a idéia de que o Poder alcance o corpo, pois, a exemplo do suplício, o poder desregrado investe sua força sobre o corpo, agredindo os mais valiosos direitos: a verdade, a liberdade, a integridade física e a vida. O poder ilimitado mente, corrompe, agride, mata. O corpo é o objeto do absoluto poder de todas as ditaduras, de todo estado de exceção.

Com efeito, a queda do absolutismo, e junto a isso o surgimento do Estado de direito e o sistema de freios e contrapesos da separação de poderes, repercutiram intrinsecamente sobre a graça e logicamente sobre suas espécies, gerando segurança ao indivíduo. Daí ser possível dizer que,

para um melhor equilíbrio entre os poderes, e sempre traduzindo maior garantia para o indivíduo, foi o poder de graça repartido, distribuindo-se a competência entre o Chefe de Estado e o Poder Legislativo, cabendo a este a anistia, que se entendeu somente poderia ser concedida por lei^[33].

A anistia passou a ser inserida, no Estado Moderno, de forma expressa, nas constituições, revestindo-se de especial conotação política.

3 Lei 6.683/79 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Os direitos humanos são protegidos na ordem internacional em diversos tratados, convenções e tribunais. Recentemente, o STF reiterou seu posicionamento sobre o tema^[34], reconhecendo que os tratados de direitos humanos contam com valor supra legal, valendo mais do que a lei e menos do que a Constituição. A consequência imediata é que toda lei que for contrária aos ditos tratados possui vigência, mas não possui validade, estando, segundo o STF, "derrogada".

Destarte, os tratados internacionais de direitos humanos possuem, a partir de então, implicação direta dentro do Ordenamento nacional, pois uma norma infraconstitucional pode ter a validade anulada diante de incompatibilidade desta com tratado que verse sobre direitos humanos. Esse fato trará implicações diretas a respeito da discussão *in casu*, pois, modernamente, no Direito Internacional, é muito comum encontrar julgados dos tribunais internacionais desconsiderando alguns tipos de anistia.

Na Justiça de transição, a anistia pode ser classificada como anistia absoluta ou anistia condicionada. Kai Ambos traça o delineamento dos dois tipos de anistia: a) A anistia absoluta (anistia *amnésica*), “*su finalidad primaria es esconder completamente crímenes del pasado prohibiendo cualquier investigación*”^[35]. A anistia absoluta é ditada pela tradicional e histórica idéia de esquecimento dos fatos passados. “O tempo decorrido tende a apagar da memória os fatos não documentados e não esclarecidos”^[36]. b) Já uma anistia condicionada não exime automaticamente de punição os atos cometidos. A anistia condicionada é a que prevê alguma forma de responsabilidade^[37]. “*Solo este tipo de amnistia, que podría ser llamada amnistia responsable (accountable amnesty), puede ségun las condiciones y circunstancias del caso concreto, contribuir para la verdadera reconciliación*”^[38]. Essa anistia é ditada pela idéia de compromisso e de memória^[39].

No Direito Internacional, as anistias absolutas estão sendo repudiadas. Kai Ambos chega a dizer que “*el derecho internacional prohíbe de manera absolutamente inequívoca este tipo de amnistia*”^[40]. O que está acontecendo, em verdade, é que os tribunais internacionais estão realmente se opondo a este tipo de anistia, por eles chamada de “auto-anistia”. Segundo Vinícius Fox D. Cançado Trindade,

com efeito, uma lei de auto-anistia nada mais é do que um grande abuso. Ditada pelo próprio regime vigente e destinada a subtrair da ação da Justiça os responsáveis por seus próprios crimes, tal tipo de lei busca assegurar a impunidade e encobrir a verdade com as sombras do esquecimento. (...) A lei de auto-anistia obstrui todo esse processo de determinação dos fatos e dos responsáveis, impossibilitando, dessarte, a atribuição de responsabilidade aos culpados e as devidas condenações^[41].

Dentre essas inovadoras decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos^[42] (IDH) sobre a “auto-anistia”, a decisão do caso *Barrios Altos vs. Peru* é um marco paradigmático. O caso trata da criação em 1991 de um grupo, vinculado ao exército peruano, nomeado Colina, criado para realizar ações antiterroristas. Este grupo executou quinze pessoas e feriu outras quatro, todas supostamente vinculadas ao grupo *Sendero Luminoso*. Um ano depois, as investigações foram paralisadas, sendo retomadas em 1995, após a denúncia de participação, no grupo, de cinco oficiais do exército. Dois meses após a retomada das investigações, foi promulgada a Lei 26.479, exonerando os membros do exército que estavam sendo investigados. Em junho de 2000, entretanto, foi a julgamento, na Corte, por agressão à Convenção Americana de Direitos Humanos. Os trechos seguintes deixam clara a posição do Tribunal:

VII INCOMPATIBILIDAD DE LEYES DE AMNISTÍA CON LA CONVENCION

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de

prescrição y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos^[43].

Em outra parte, no mesmo julgamento, a Corte entende:

5. Las llamadas autoamnistías son, en suma, una afrenta inadmisibles al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia). Son ellas manifiestamente incompatibles con las obligaciones generales - indisociables - de los Estados Partes en la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos por ella protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos (en los términos del artículo 1(1) de la Convención), así como de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección (en los términos del artículo 2 de la Convención). Además, afectan los derechos protegidos por la Convención, en particular los derechos a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25).

6. Hay que tener presente, en relación con las leyes de autoamnistía, que su legalidad en el plano del derecho interno, al conllevar a la impunidad y la injusticia, encuéntrase en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acarreado violaciones de jure de los derechos de la persona humana. El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos^[44].

A Corte IDH deixa claro que nem tudo o que é legal do ponto de vista interno também o é sob o prisma internacional. Assim, a Corte fulminou a lei de “auto-anistia”, pois entendeu que estas careciam de qualquer efeito jurídico, atentando, a um só tempo, ao direito da vítima à justiça e à verdade. Ademais, considerou-se que as leis de “auto-anistia” são, em sua essência, incompatíveis com a Convenção Americana, pois favorecem a impunidade e a injustiça. Cançado Trindade, em seu voto, aduziu que

quem ousaria sugerir que a lei de auto-anistia satisfaz esses requisitos? Não vejo como negar que leis desse tipo carecem de caráter geral, porquanto são medidas de exceção. É certamente em nada contribuem para o bem comum, senão pelo contrário: configuram-se como meros subterfúgios para encobrir violações graves de direitos humanos, impedir o conhecimento da verdade e obstaculizar o próprio acesso à justiça por parte dos vitimados. Em suma não satisfazem os requisitos de leis no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos^[45].

Tamanha foi a repercussão dessa decisão da Corte IDH, que resultou em reflexos profundos no direito interno da Argentina. O Estado argentino, após esse julgamento, promoveu importantes alterações no seu ordenamento, inclusive, declarando a nulidade das leis argentinas de “auto-anistia”.

Outro caso muito importante julgado pela Corte IDH, principalmente para os objetivos deste trabalho, é o caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. O professor Almonacid era secretário provincial da Central Unitária dos Trabalhadores e candidato a alto posto do Partido Comunista. Almonacid Arellano foi detido em seu próprio lar e executado em frente à sua casa e aos seus familiares em 1973. Cinco anos após, foi decretada anistia para todos os delitos entre os anos de 1973 e 1978. Passados catorze anos, a viúva de Almonacid levou o caso à Corte Marcial. Nessa época, o Chile já estava em um regime democrático, no entanto, a Corte reconheceu a anistia, negando o pedido. Essa Corte sustentou que a Convenção Americana e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos eram posteriores ao crime, não lhe podendo ser aplicado.

Invocada a Corte IDH, esta concluiu que aos crimes contra a humanidade não se pode conceder qualquer tipo de anistia^[46]. Ao deixar de investigar os fatos e sancionar os responsáveis, o Estado chileno descumpriu a Convenção Americana. Ademais, ao analisar a natureza do Decreto-Lei nº 2.191 (lei de “auto-anistia”), a Corte deparou-se com um conteúdo injusto, contrário a quaisquer princípios e valores jurídicos, contendo “em seu artigo primeiro a anistia geral a todos os responsáveis por crimes cometidos entre os anos de 1973 a 1978”^[47].

Ressalta-se que, à época dos crimes, o Estado chileno não havia ratificado a Convenção Americana ao decretar sua “auto-anistia”, entretanto, como o Estado chileno manteve a referida lei de anistia vigente em seu ordenamento, mesmo após a posterior ratificação da Convenção, a Corte concluiu que o Estado chileno descumpriu o art. 2 da Convenção^[48], conforme a sentença seguinte

LA CORTE, DECIDE:

Por unanimidad, que:

2. El Estado incumplió sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violó los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de dicho tratado, en perjuicio de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y de los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez, en los términos de los párrafos 86 a 133 de la presente Sentencia.

3. Al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado.

4. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación^[49].

Todos esses avanços da Corte IDH vão no sentido de afastar artificios que os Estados de exceção criam, buscando não punir seus agentes^[50]. Fica bem claro, nesses dois julgados, o fato de a Corte IDH não

admitir leis de “auto-anistia” absolutas, pois estas estão interessadas apenas com a impunidade, sendo por completo contrárias ao Direito. Estas leis de “auto-anistia”, muito comuns nos Estados sul-americanos pós-ditaduras, não servem como suporte para a justiça de transição, não se coadunando nem mesmo com as raízes históricas do instituto (esquecimento para a paz social), como observado no capítulo anterior. Essas leis estão pactuadas apenas com a impunidade, impedindo a persecução penal, trancando processos, perpetuando a injustiça.

Outro ponto bastante claro nesses julgados, é o fato de que os Estados nacionais devem se organizar internamente, de modo que efetivem os pactos internacionais de direitos humanos firmados. Sendo assim, torna-se inadmissível que o Estado não revogue normas internas que impeçam o livre desenvolvimento dos direitos humanos, pois, de acordo com o corolário inscrito no art. 2º da Convenção Americana, os Estados nacionais possuem o dever de adotar disposições de direito interno, a fim de tornar efetivos os direitos e as liberdades.

Percebe-se, ainda, com esses julgamentos que as soberanias nacionais não são mais havidas como elementos absolutos. Não se admite mais, hoje em dia, se falar em soberania nacional com desrespeito ao ser humano e aos seus direitos. Os direitos humanos são limites necessários à existência estatal e, conseqüentemente, a sua soberania. A doutrina clássica de soberania absoluta cede lugar, no Direito Internacional, à idéia de, por exemplo, limitação do arbítrio, ocupando os direitos humanos, então, o *locus* central. “Esta nova concepção deixa de lado o velho conceito da soberania estatal absoluta, que considerava, na aceção tradicional, como sendo os Estados os únicos sujeitos de Direito Internacional Público”^[51].

O Brasil promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992, por meio do Decreto 678/92 e, em 2002, se submeteu à Corte IDH pelo Decreto 4.463 de 2002. A Emenda Constitucional nº 45/04 e as recentes interpretações do STF deram à Convenção Americana *status* supra legal, logo, superior à Lei de Anistia. Da mesma forma que o Chile, o Brasil manteve a Lei da Anistia vigente, no ordenamento brasileiro, mesmo após a ratificação da Convenção, descumprindo também o art. 2 da referida Convenção.

66. La Corte no puede ejercer su competencia contenciosa para aplicar la Convención y declarar una violación a sus normas cuando los hechos alegados o la conducta del Estado demandado que pudiera implicar responsabilidad internacional, son anteriores al reconocimiento de la competencia del Tribunal.

67. Sin embargo, cuando se trata de una violación continua o permanente, cuyo inicio se hubiere dado antes de que el Estado demandado hubiere reconocido la competencia contenciosa de la Corte y que persiste aún después de este reconocimiento, el Tribunal es competente para conocer de las conductas ocurridas con posterioridad al reconocimiento de la competencia y de los efectos de las violaciones.^[52]

Não resta dúvida de que a anistia brasileira é um entrave ao acesso à Justiça das vítimas que almejam processar criminalmente os agentes do Estado que violaram as suas dignidades. É um óbice, da mesma forma, para a ampla e irrestrita realização dos direitos humanos dentro do Território Nacional, atentando, destarte, também contra o art. 1º da Convenção Americana. Assim, enquanto perdurar, diante dos abusos cometidos pelo último Estado de exceção pátrio, a impunidade, a falta de acesso ao Judiciário e a vacilação dos poderes constituídos brasileiros para a realização dos direitos humanos, estar-se-á violando o pactuado entre o Estado brasileiro e a Convenção Americana de Direitos Humanos. O Estado brasileiro agride a Convenção Americana de Direitos Humanos, impossibilitando a instauração de ações, não investigando ou não realizando a persecução penal dos crimes dos agentes do Estado, durante a ditadura, da mesma maneira como fez o Chile.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste ensaio, buscou-se refletir sobre a recente discussão a respeito da Lei nº 6.683/79, na Ordem constitucional vigente. A discussão judicial sobre o alcance da Lei de Anistia está principalmente sendo travada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, impetrada pelo Conselho Federal da OAB, buscando interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos preceitos fundamentais, que a anistia, concedida pela Lei nº 6.683/79, aos crimes políticos ou conexos, não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar.

A justiça de transição é um conceito imprescindível nesta discussão e compreende o inteiro processo realizado pela sociedade para enfrentar os abusos de regime passados. A anistia é apenas um dos instrumentos da justiça transicional ao lado da justiça (persecução penal) e da verdade. Como um dos elementos da justiça transicional, a Lei nº 6.683/79 deve servir para um equilíbrio entre justiça e harmonia social. Esse equilíbrio implica a persecução criminal dos agentes estatais que violaram a intimidade, o corpo e a vida dos opositores ao regime militar.

A atual interpretação da Lei de Anistia, portanto, alberga sob o seu manto a impunidade para assassinos, torturadores, seqüestradores, sendo fonte de uma imunidade espúria que atenta contra a memória do País, impedindo a discussão desses delitos nos tribunais, negando o devido processo legal e o acesso à justiça.

Desta maneira, a aplicação hodierna da Lei de Anistia obstrui todo o processo de determinação dos fatos e dos responsáveis, impossibilitando a atribuição de responsabilidade aos culpados e as devidas condenações, violando a Convenção Americana de Direitos Humanos. Esta última é quebrantada quanto ao dever dos Estados signatários em respeitar e garantir os direitos humanos, assegurando o livre e pleno exercício desses direitos; adequar seu direito interno às normas da convenção; e respeitar os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial.

Por conseguinte, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH) em vários julgados se posiciona sobre as leis de anistia de vários países sul-americanos, entendendo ser inadmissíveis as anistias que impeçam as investigações e as sanções dos responsáveis por graves violações aos direitos humanos. Esse tipo de lei tem o escopo apenas de isentar da responsabilidade civil ou penal os agressores de direitos humanos. A Corte IDH deixa claro que nem tudo o que é legal do ponto de vista interno também o é sob a ótica internacional.

A Corte IDH ainda concluiu que, aos crimes contra a humanidade, não se pode conceder qualquer tipo de anistia e o Brasil, ao deixar de investigar os fatos e sancionar os responsáveis, descumpriu, a exemplo do Chile, a Convenção Americana. Esses avanços visam a afastar os artificios dos Estados de exceção para não punir seus agentes. Essas leis estão pactuadas apenas com a impunidade, impedindo a persecução penal, trancando processos, perpetuando a injustiça.

Com efeito, a interpretação da Lei de Anistia peca por não alcançar um preciso equilíbrio entre justiça e paz social. Nesse sentido, urge a discussão dos limites da Lei nº 6.683/79 a fim de alcançar a interpretação mais adequada aos fins da Justiça. Isto porque a única interpretação possível para a Lei 6.683/79 é a que não admita a anistia recíproca, haja vista que a impunidade dos autores de assassinato, desaparecimento forçado e prática de tortura, dentro dos órgãos estatais, negam os princípios básicos do homem em sua dignidade, integridade e vida.

Ante tais fatos, o Estado brasileiro deve decidir se vai aguardar uma condenação da Corte IDH ou agir antes (a exemplo do que fez o governo argentino), reformando seu ordenamento interno e declarando a nulidade da Lei de “auto-anistia”, a Lei nº 6.683/79.

A guisa de conclusão cabe ao Estado brasileiro, ante os exemplos alienígenas, segundo Ivan Cláudio Marx^[53]: 1) adotar todas as medidas que sejam necessárias, a fim de garantir que a Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) não continue representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade; 2) determinar, através da jurisdição de direito comum, a responsabilidade penal pelos desaparecimentos forçados das vítimas da Guerrilha do Araguaia e a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, mediante uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos com observância ao devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis por tais violações e sancioná-los penalmente e publicar os resultados dessa investigação. No cumprimento desta recomendação, o Estado deverá levar em conta que tais crimes contra a humanidade são insuscetíveis de anistia e imprescritíveis; 3) realizar todas as ações e modificações legais necessárias a fim de sistematizar e publicar todos os documentos relacionados com as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia; 4) fortalecer com recursos financeiros e logísticos os esforços já empreendidos na busca e sepultura das vítimas desaparecidas cujos restos mortais ainda não hajam sido encontrados e/ou identificados; 5) outorgar uma reparação aos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada, que inclua o tratamento físico e psicológico, assim como a celebração de atos de importância simbólica que garantam a não repetição dos delitos cometidos no presente caso e o reconhecimento da responsabilidade do estado pelo desaparecimento das vítimas e o sofrimento de seus familiares; 6) implementar, dentro de um prazo razoável, programas de educação em direitos humanos permanentes dentro das Forças Armadas brasileiras, em todos os níveis hierárquicos, e incluir especial menção no currículo de tais programas de treinamento ao presente caso e aos instrumentos internacionais de direitos humanos, especificamente os relacionados com o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura; e 7) tipificar no seu ordenamento interno o crime de desaparecimento forçado, conforme os elementos constitutivos do mesmo estabelecidos nos instrumentos internacionais respectivos.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *in Justicia de transición*: informes de América Latina, Alemania, Italia y España. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel e ELSNER, Gisela (Orgs). *Justicia de transición*: informes de América Latina,

Alemania, Italia y España. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.

BARBOSA, Rui. **Anistia Inversa**: caso de Teratologia Jurídica. 2 ed. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Comércio, 1896.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/delitosB.html>>. Acesso em: 01 jul. 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória**: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos - - Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BROWNLIE, Ian; FARRAJOTA, Maria Manuela. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CORTE IDH. **Caso Las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**: sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_118_esp.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2009.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2009.

CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú**: sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2009.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Sociedade e Estado no pensamento político moderno e contemporâneo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999.

DURANT, Will. **História da civilização**: nossa herança clássica. A vida na Grécia. 3. ed. Tomo 1º, São Paulo: Nacional, 1957.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. 2003. 559 f. Tese (Doutorado em História) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

MARTINS, Roberto Ribeiro. **Liberdade para os brasileiros**: anistia ontem e hoje. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

MARX, Ivan Cláudio. De Barrios Altos à Guerrilha do Araguaia: A Possível Condenação do Estado Brasileiro. **REVISTA INTERNACIONAL DIREITO E CIDADANIA**. Disponível em: <<http://www.iedc.org.br/REID/?CONT=00000125>>. Acesso em: 01 abr. 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. Disponível em: <<file:///Lenin/Rede Local/Equipe/Michele/MONTESQUIEU - O Espírito das Leis2.txt>>. Acesso em: 2 ago. 2009.

MORAES, Railda Saraiva. **O poder de graça**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho e GUIDALEVICH, Fabiola Girão Monteconrado. In AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel e ELSNER, Gisela (Orgs.) **Justicia de transición**: informes de América Latina, Alemania, Italia y España. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel e ELSNER, Gisela (Orgs.). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso. Existe violência sem agressão moral? In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, nº 67, EDUSC, São Paulo, 2008.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários a Constituição de 1967**; com a emenda nº 1 de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PACHECO, Cláudio. **Tratado das Constituições Brasileiras**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/a., 1958, Vol. II.

SALDANHA, Nelson. **Teoria do Direito e Crítica Histórica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987

SANTOS, Boaventura Sousa dos. **A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez. 2007.

STF. **HC98893** – **SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC98893CM.pdf>>. Acesso: 10 ago. 2009.

THOMPSON, E. P. Folclore, antropologia e historia social. *In*: Antonio Luigi Negro; SILVA, Sérgio. **As peculiaridades dos ingleses e outros artigos**. Campinas: Unicamp. 2001.

TRINDADE, Vinícius Fox D. Caçado. Resenha: *per non dementicare* – uma análise das leis de auto-anistia na evolução jurisprudencial da corte interamericana do direitos humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Fortaleza, vol. 8, nº 8, p. 281 – 292, 2008.

WEICHERT, Marlon Alberto. Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de Anistia e prescrição penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. nº 74, Editora revista dos Tribunais, São Paulo: 2008.

[1] AMBOS, Kai. *in* **Justicia de transición**: informes de América Latina, Alemania, Italia y España. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel e ELSNER, Gisela (Orgs). **Justicia de transición**: informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, p. 26.

[2] *Ibid.*, p. 28.

[3] *Ibid.*, p. 41.

[4] “A concretização desses princípios é indispensável para a consecução de um quarto princípio, que consiste na não repetição.” WEICHERT, Marlon Alberto. Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de Anistia e prescrição penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. nº 74, Editora revista dos Tribunais, São Paulo: 2008, p. 184.

[5] OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso. Existe violência sem agressão moral? *In* **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, nº 67, EDUSC, São Paulo, 2008, p. 141.

[6] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho e GUIDALEVICH, Fabiola Giraõ Monteconrado. *In* AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel e ELSNER, Gisela (Orgs.) **Justicia de transición**: informes de América Latina, Alemania, Italia y España. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel e ELSNER, Gisela (Orgs.). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, p. 185.

[7] “Este livro-relatório registra para a história o resgate dessa memória. Só conhecendo profundamente os porões e as atrocidades daquele lamentável período de nossa vida republicana, o País saberá construir instrumentos eficazes para garantir que semelhantes violações dos Direitos Humanos não se repitam nunca mais”; BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória**: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos -- Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, p. 18.

[8] MARTINS, Roberto Ribeiro. **Liberdade para os brasileiros**: anistia ontem e hoje. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978, p. 19.

[9] Sobre a raiz da palavra anistia: “Prevaleceu para as línguas latinas o radical grego *amnéstia*, do que veio se originar a formação latina *amnestia*, a francesa *amnestie* e até mesmo a forma inglesa *amnesty*, sendo a portuguesa *amnistia* simplificada no Brasil para anistia.” *Ibid.*, p. 18.

[10] DURANT, Will. **História da civilização**: nossa herança clássica. A vida na Grécia. 3. ed. Tomo 1º, São Paulo: Nacional, 1957, p. 150.

[11] Em Rui Barbosa, encontra-se a notícia de que, mais tarde, impôs-se ao famoso tribunal ateniense, os heliastas em seu juramento a cláusula: “juro não me lembrar do passado, nem consentir que outrem o lembre.” BARBOSA, Rui. **Anistia Inversa**: caso de Teratologia Jurídica. 2 ed. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Comércio, 1896, p. 72.

[12] MORAES, Railda Saraiva. **O poder de graça**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 2.

[13] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários a Constituição de 1967**; com a emenda nº 1 de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 44.

[14] DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Sociedade e Estado no pensamento político moderno e contemporâneo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999, p. 6.

[15] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 26.

[16] SALDANHA, Nelson. **Teoria do Direito e Crítica Histórica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 40.

[17] Todo o conhecimento que emerge, na Modernidade, é pautado na razão e todos se pretendem totalizantes e totalitários. Totalizantes porque se pretendem absolutos e totalitários, “na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que não se pautam pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas. É esta a sua característica fundamental e a que melhor simboliza a ruptura do novo paradigma científico com os que o precedem. (...) Esta preocupação em testemunhar uma ruptura fundante que possibilita uma e só uma forma de conhecimento verdadeiro está bem patente na atitude mental dos protagonistas, no seu espanto perante as próprias descobertas na extrema e ao mesmo tempo serena arrogância com que se medem com os seus contemporâneos.” SANTOS, Boaventura Sousa dos. **A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez. 2007, p. 61.

[18] DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *op. cit.*, p. 13.

[19] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 31.

[20] E. P. Thompson define os suplícios como teatros de controle, afirmando que “não há o menor exagero metafórico em descrevê-lo um teatro”. THOMPSON, E. P. Folclore, antropologia e história social. *In*: Antonio Luigi Negro; SILVA, Sérgio. **As peculiaridades dos ingleses e outros artigos**. Campinas: Unicamp. 2001, p. 241.

[21] FOUCAULT, Michel. *op. cit.*, p. 43.

[22] Segundo E. P. Thompson, “durante muitos séculos, a punição prevista para certos delitos implicava não só

- execução, mas também a mutilação *post mortem*. O corpo de contrabandistas ou de salteadores de estrada era pendurado em correntes próximas aos locais do crime até seus ossos branquearem ao sol. Piratas eram suspensos nas docas; a cabeça dos traidores era espetada em estacas a encimar os portões das ruas de maior movimento (...).” THOMPSON, E. P. *op. cit.*, p. 242.
- [23] Tanto que o rei “pode suspender o curso da justiça, modificar suas decisões, cassar os magistrados, revogá-los, exilá-los, substituí-los por juizes por comissão real.” FOUCAULT, Michel. *op. cit.*, p. 68.
- [24] “A finalidade da anistia é a mesma da lei criminal, com sinais contrários. Quem faz a lei é quem anistia. A simetria é forçada.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *op. cit.*, p. 46.
- [25] FOUCAULT, Michel. *op. cit.*, p. 67 e 68.
- [26] MORAES, Railda Saraiva. *op. cit.*, p. 5.
- [27] Os grandes reformadores, segundo Foucault, eram “Beccaria, Servan, Dupaty ou Lacrestelle, Duport, Pastoret, Target, Bergasse; os redatores dos *Cashiers* e os Constituintes”. FOUCAULT, Michel. *op. cit.*, p. 64.
- [28] Beccaria contrapõe-se ao suplício afirmando que “não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável causará sempre uma forte impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade” in BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/delitosB.html>>. Acesso em: 01 jul. 2009, p. 44.
- [29] *Ibid.*, p. 45.
- [30] Nesse contexto, torna-se mais inteligível compreender o Estado kantiano, pois nele a liberdade é o fundamento e o próprio fim supremo do Estado. Assim, por consequência, o fundamento do Estado é, também, a Justiça, pois justiça é tudo o que promove a liberdade. Tem este Estado o objetivo de estabelecer e manter a ordem jurídica. Essa ordem será mais completa e adequada quanto mais larga for a liberdade de iniciativa permitida ao indivíduo num círculo de ampla segurança jurídica. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz aduz que “o bem público supremo, que constitui a finalidade do Estado, enquanto Estado de Direito, consiste na garantia da liberdade de todos segundo leis jurídicas universais. Quanto mais esse objetivo for promovido e alcançado, mais racionais serão o Direito e o Estado.” DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 75.
- [31] DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Sociedade e Estado no pensamento político moderno e contemporâneo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999, p. 45.
- [32] A gênese do sistema de freios e contrapesos está em Montesquieu, pois, ao analisar a relação entre o Legislativo e o Executivo, ele admitiu que esses dois poderes têm a faculdade de impedir ou de estatuir. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secodant. **O Espírito das Leis**. Disponível em: <<file:///Lenin/Rede Local/Equipe/Michele/MONTESQUIEU - O Espírito das Leis2.txt>>. Acesso em: 2 ago. 2009.
- [33] MORAES, Railda Saraiva. *op. cit.*, p. 7.
- [34] Em recente decisão, de junho de 2009, o Supremo Tribunal Federal reiterou a posição especial que possuem os tratados internacionais de direitos humanos, *in verbis*: “Em suma: a análise dos fundamentos em que se apóia a presente impetração leva-me a concluir que a decisão judicial de primeira instância, mantida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pelo E. Superior Tribunal de Justiça, não pode prevalecer, eis que frontalmente contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e à Constituição da República, considerada, no ponto, a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em causa, no sentido de que não mais subsiste, em nosso ordenamento positivo, a prisão civil do depositário infiel, inclusive a do depositário judicial.” STF. **HC98893 – SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC98893CM.pdf>>. Acesso: 10 ago. 2009.
- [35] AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 64.
- [36] TRINDADE, Vinícius Fox D. Cançado. Resenha: *per non dementicare* – uma análise das leis de auto-anistia na evolução jurisprudencial da corte interamericana do direitos humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Fortaleza, vol. 8, nº 8, p. 281 – 292, 2008, p. 281.
- [37] Neste tipo de anistia existe a cláusula de revogação da anistia que pode ser usada quando uma das partes não cumpre o compromisso assumido. AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 72.
- [38] AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 72.
- [39] “Uma coletividade só é construída com base numa memória compartilhada, e é ao direito que cabe instituí-la.” OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005, p. 47.
- [40] AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 64.
- [41] TRINDADE, Vinícius Fox D. Cançado. *op. cit.*, p. 281.
- [42] “De acordo com a Convenção Americana (arts. 52º a 69º) foi constituído um Tribunal Interamericano de Direitos Humanos que começou a funcionar em 1979. O Tribunal tem competência decisória de acordo com a Comissão e os Estados Partes, se aceitarem expressamente esta forma de jurisdição, lhe podem submeter casos respeitantes à interpretação e aplicação das Convenção (arts. 61º a 63º).” BROWNLEE, Ian.; FARRAJOTA, Maria Manuela. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 599.
- [43] CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú**: sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2009.
- [44] CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú**: sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2009.
- [45] CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú**: sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2009.
- [46] O pensamento central quando se fala de crimes contra a humanidade é a idéia de ataque generalizado e sistemático contra qualquer população civil. É possível afirmar que crimes contra a humanidade são caracterizados pela prática de atos desumanos cometidos em um contexto generalizado e sistemático contra a população civil, em tempo de guerra ou de paz. WEICHERT, Marlon Alberto. *op. cit.*
- [47] TRINDADE, Vinícius Fox D. Cançado. *op. cit.*, p. 287.
- [48] Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.
- [49] CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2009.
- [50] Indo ao encontro desse novo paradigma proposto pela Corte, François Ost sustenta que a aplicação rigorosa da lei penal em desfavor do esquecimento da anistia tem algumas vantagens, pois é “um dever moral elementar, a respeito das vítimas que encontram nisso a primeira etapa da recuperação de sua dignidade; a purgação coletiva de um passado traumático que de outro modo deixará de assombrar o inconsciente coletivo; o testemunho da capacidade do novo poder em si impor e fazer prevalecer, para o futuro, os valores da democracia.” OST, François. *op. cit.*, p. 175.
- [51] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 679.
- [52] CORTE IDH. **Caso Las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**: sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_118_esp.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2009.
- [53] MARX, Ivan Cláudio. De Barrios Altos à Guerrilha do Araguaia: A Possível Condenação do Estado Brasileiro. **REVISTA INTERNACIONAL DIREITO E CIDADANIA**. Disponível em: <<http://www.iiedc.org.br/REID/?CONT=00000125>>. Acesso

em: 01 abr. 2010.