

Constitucionalismo e democracia no estudo da lei de (auto) anistia brasileira

¹Franciele Nascimento

Resumo

A Constituição Federal atribui supremacia aos direitos fundamentais e por tal razão estes admitem a atuação judicial em casos nos quais ocorra lesão ou ameaça. Nesta pesquisa, se analisam lesões cometidas pelo Estado durante o período da ditadura militar aos cidadãos brasileiros que se opuseram àquele estado de coisas decorrente do Golpe de 64. Destaca-se que a atuação-intervenção do Poder Judiciário é essencial para que ocorra a real proteção dos direitos humanos fundamentais. Nesta esteira, busca-se trazer análises críticas e reflexões sobre a relação entre o constitucionalismo e a democracia e suas implicações práticas na proteção de direitos humanos fundamentais. Centraliza-se este estudo na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, amplamente conhecida como Lei de Anistia, e procura-se verificar a compatibilidade da referida lei com o nosso Estado Constitucional/Democrático de Direito.

Palavras-chave: *constitucionalismo, democracia, anistia, direitos humanos.*

Abstract:

The Constitution assigns to the supremacy of fundamental rights and for this reason they admit to judicial action in cases where injury or threat occurs. In this research, analyze injuries committed by the State during the military dictatorship to Brazilian citizens who opposed that state of affairs resulting from de Coup of 64. It is noteworthy that the performance-intervention of the Judiciary is essential to the occurrence of the actual protection of fundamental human rights. On this track, it seeks to bring critical analysis and reflection on the relationship between constitutionalism and democracy and its practical implications in protecting fundamental human rights. Centers around the study of Law in 6683, to August 28, 1979, widely known as the Amnesty Law, and is designed to check the compatibility of that law in our State Constitutional/Democratic Rule of Law.

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisadora-bolsista do PIBIC/Fundação Araucária.

Keywords: *constitutionalism, democracy, amnesty, human rights.*

“Se eu sofresse que o cadáver do filho morto da minha mãe ficasse insepulto, doer-me-ia.(...) E se agora te parecer que cometi um acto de loucura, talvez louco seja aquele que como tal me condena.”²
(*Antígona, personagem de Sófocles, na clássica tragédia grega*)

1. Constitucionalismo e democracia: tensão e compromisso

É tensa, porém imperiosa, a relação teórica entre constitucionalismo e democracia, pois desta relação teórica surgem diversos reflexos nos casos concretos.

A tensão presente na relação entre constitucionalismo e democracia foi muito bem exposta por NEGRI (2002, p. 8): a democracia é teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é teoria do governo limitado e, portanto, prática da limitação da democracia.³

O compromisso com o constitucionalismo bem como com a democracia na contemporaneidade constitui uma sociedade livre, justa e solidária, não apenas permeada, mas tecida pela salvaguarda de direitos individuais e coletivos, pelos ideais de soberania popular e pela organização dos limites do poder político. Não obstante, a democracia apresentar-se como princípio do Estado, sobretudo no ocidente, o constitucionalismo é um limite à soberania do povo. Partindo deste pressuposto, o constitucionalismo contemporâneo tem a difícil tarefa de viabilizar que a tensão que este experimenta com a democracia seja produtiva.

Apesar dos percalços, a relação entre ambos ganha materialidade na consolidação do Estado Democrático de Direito e na Constituição. Aqui entende-se a Constituição como instrumento agregador de diferentes funções, como assevera Konrad HESSE (1992, p.110): “de un lado, la constitución y preservación de un Estado eficaz y operativo, de otro lado, lá actuación estabi-

2 **Antígona de Sófocles.** Maria Helena da Rocha Pereira, ed. lit. Coleção: Textos Clássicos. Ano: 2007 (7ª edição). A literatura, através fala da personagem, permite-nos diagnosticar que a reivindicação do direito à memória se faz presente desde as sociedades primitivas.

3 NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**; tradução Adriano Pilatti – Rio de Janeiro: DP&A, 2002. Sobre a democracia como « governo absoluto », ver A. Negri, *L'anomalia selvaggia, Saggio su potere potenza in B. Spinoza*, Milão, 1981 [*Anomalia selvagem: poder e potência em Spinoza*, tradução brasileira de Raquel Ramalhete, Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993]. Sobre o constitucionalismo como « democracia limitada » na tradição da ciência política anglo-saxã, ver N. Matteucci, *La Costituzione americana e il moderno costituzionalimo* », *Il Mulino*, 314, ano 36, 6, 1987, p. 882-901.

lizadora, racionalizadora y limitadora del poder em la vida de la Comunidad”⁴.

Hodiernamente, a legitimidade de uma Constituição só pode ser afirmada se o poder que a promulgou foi eleito através do processo democrático e, mais se o procedimento deliberativo constituinte também foi democrático. Entretanto, este caráter democrático majoritário encontrará limites no constitucionalismo que se apresenta como teoria do poder limitado. Assim assevera CARVALHO NETTO (2007):

“É (...) tensão construtiva, produtiva e rica que marca, por exemplo, a reconstrução e os limites recíprocos dos conceitos de democracia e constitucionalismo hoje, de tal sorte que não haverá democracia se não houver limites constitucionais à vontade da maioria, e nem haverá constitucionalismo se a Constituição não for democrática.”⁵

O diálogo entre constitucionalismo e democracia torna-se ainda mais tenso em cenários de Estados complexos como o Brasil,⁶ no qual, alcunhada de Constituição Cidadã, a Constituição da República Federativa, promulgada há mais de duas décadas, funda-se no princípio republicano, princípio democrático e princípio do *rule of law*⁷.

Esta nova Constituição, conquistada com muita luta, é fruto de um processo político de redemocratização do país. Os pontos mais comemorados são os direitos fundamentais, que gozam de supremacia e por tal razão admitem, inclusive, a atuação judicial em casos nos quais ocorra lesão ou ameaça de tais direitos. Entre essas lesões, podemos citar arbitrariedades cometidas pelo próprio Estado e, neste trabalho, particularmente lesões cometidas durante o período da ditadura militar aos cidadãos brasileiros que se opuseram àquele estado de coisas decorrente do golpe acontecido em 64. Pois bem, ao organizar o poder político e regular a relação entre os

4 HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**; Selección, traducción e introducción Pedro Cruz Villalon. Centro de Estudios Constitucionales – Madrid, 1992.

5 CARVALHO NETTO, Menelick – Entrevista a Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Disponível em http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2007/04/-sumario?next=20. Acesso em 20/05/2010.

6 Leia-se aqui Estados complexos como aqueles geograficamente grandes, com uma realidade conflituosa por agregarem em uma mesma federação uma diversidade cultural e étnica de especial complexidade histórica e serem repletos de desigualdades econômico-sociais.

7 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

cidadãos e o Estado, a Carta Constitucional permite que aqueles possam se defender das ilegalidades que os vitima e têm o Estado como sujeito ativo.

Destaca-se que a atuação-intervenção do Poder Judiciário é essencial para que ocorra a real proteção dos direitos humanos fundamentais, uma vez que nenhuma validade prática tem os direitos do homem se não se concretizarem determinadas garantias que assegurem sua proteção.

Nesta esteira, o presente trabalho, longe de esgotar o tema, busca trazer à baila análises críticas e reflexões sobre a relação entre o constitucionalismo e a democracia, e, especialmente, as suas implicações práticas na proteção de direitos humanos fundamentais. Centraliza-se este estudo na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, amplamente conhecida como Lei de Anistia, e procura-se verificar a compatibilidade de tal lei com o nosso Estado Constitucional/Democrático de Direito.

A referida compatibilidade não é pacífica e a controvérsia culminou na propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão não unânime, fato que confirma a complexidade da questão.

2. A acepção de anistia

Inicialmente, faz-se mister buscar a definição de anistia. Partindo-se de relatos históricos, a primeira lei de anistia aludida pela História data do ano de 403 a. C. Elaborada por Trasíbulo, após a expulsão dos trinta tiranos que ocupavam o poder desde a Guerra do Peloponeso e o restabelecimento da democracia em Atenas, a concessão da anistia foi votada diretamente pelo povo e abrangeu todos os envolvidos na guerra civil, exceto os tiranos.⁸

Não obstante o termo anistia derivar do substantivo grego *amnestia*, esquecimento⁹ (pelo latim tardio *amnestia*). Esquecimento deve restringir-se apenas a origem etimológica da palavra, pois sua interpretação na ciência jurídica deve levar em conta o contexto histórico, geopolítico e social no qual é aplicada.

8 BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **As leis de anistia face ao direito internacional – o caso brasileiro**. São Paulo, 2007, 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo.

9 ACQUAVIVA, Claudio Marcus. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Editora Jurídica Brasileira. São Paulo, 1993.

Destarte, tendo por base esta premissa, defende-se aqui que anistia é diferente de graça, indulto, perdão, esquecimento ou reconciliação, como se demonstrará adiante.

A clemência soberana (“*indulgencia principis*”) é o instituto que compreende a anistia, a graça e o indulto. A anistia é competência exclusiva do Congresso Nacional nos termos do art. 48, inc. VIII da CF/88¹⁰, enquanto a graça e indulto são prerrogativas do Presidente da República, com fulcro no art. 84, inc. XII da CF/88¹¹.

O direito graça e o indulto podem ser concedidos apenas pelo Estado, uma vez que este é titular do direito de punir (“*ius puniendi*”) e, assim sendo, é o único habilitado a punir ou dispensar punição. Contudo, parte-se do pressuposto que no Estado Democrático de Direito, este representa toda a coletividade e, assim sendo, o ato criminoso é considerado uma ofensa a toda a sociedade e só esta detém autoridade para dispensar o infrator de punição.

A melhor bibliografia acerca da temática entende que a clemência é cabível aos delitos próprios do conflito, tais como os atos de rebelião, sedição, ou todas aquelas violações conexas leves – como prisões arbitrárias.¹²

O direito humanitário internacional entende também afirma que os institutos de clemência soberana cabem apenas nos casos de delitos relacionados ao conflito armado e assim dispõe o art. 6º do Protocolo adicional II à Convenção de Genebra de 1949:

“quando da cessação das hostilidades, as autoridades em poder deverão procurar conceder a anistia mais ampla possível às pessoas que tenham tomado parte no conflito armado ou as que se encontram privadas de liberdade, presas ou detidas por motivos relacionados ao conflito armado”.

Perdão também é recorrentemente usado como sinônimo de anistia. O que não se sustenta por ambos os termos estarem ligados, mas possuírem uma carga psicológica distinta. Enquanto a anistia é dotada de caráter coletivo, o perdão não pode se desprender da subjetividade, pois

10Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...) VIII - concessão de anistia;

11Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

12SALMON, Elizabeth. Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latino-americana. In.: **International Review of the Red Cross**, n. 862, 2006.

é da esfera da vítima e parte do pressuposto que esta perdoe o seu algoz, uma vez que é impossível que este perdoe a si mesmo. Anistia brasileira permitiu que se realizasse um princípio recusado pelo Direito, qual seja: o auto-julgamento. Portanto, constata-se a incoerência do Estado perdoar a si próprio pelos males que o mesmo causou aos cidadãos, constituindo uma autoanistia.

Além disso, importa ressaltar que o perdão pressupõe a liberdade e o livre-arbítrio para que possa se conceder - ou não - o perdão, fato que também não aconteceu no caso da anistia brasileira.

Ainda no tocante a anistia como perdão, tendo em vista que a anistia brasileira impediu o conhecimento da história, é impróprio usar o termo perdão como sinônimo de anistia, pois não há perdão verdadeiro se a uma das partes é vedada a ciência do que verdadeiramente houve. Nesta linha de raciocínio, se segue os ensinamentos de Hannah ARENDT (2003, p. 253), para quem só seria possível perdoar aquilo que fosse passível de punição pelo Direito.¹³ Assim sendo, se não se tem conhecimento do que realmente aconteceu e quem foram os responsáveis não há como se perdoar.

Anistia também difere de esquecimento na medida em que este não garante a justiça e aquela, sem sentimento de revanchismo, ressalta a memória e esta é a principal maneira de manter direitos e se exigir justiça. Desse modo, anistia não pode representar um esquecimento artificial dos fatos ocorridos.

Ainda, como explica CASSESE (2003, p. 5), a anistia entendida como esquecimento acarreta uma dupla morte da vítima: primeiro, quando foram exterminadas fisicamente e, segundo, quando a memória do massacre e outras atrocidades não são realmente observadas, mantendo-se uma ferida aberta que se prolonga e, que quando não for cuidada, exacerba-se.¹⁴

Tal compreensão é compartilhada pelo Ministro da Justiça, Tarso GENRO (2009), que, ao participar de um evento que comemorou os 30 anos de anistia no Brasil, enfatizou que anistia não é perdão, mas um pedido de desculpas àqueles que tiveram seus direitos violados pelo regime militar. “Anistia não é esquecimento, é a revelação da verdade da história e promoção da justiça.”¹⁵

Lato senso, anistia implica, juridicamente, a forma mais antiga de extinção da punibilidade, com efeito retroativo (“*ex tunc*”), aos culpados por delitos

13ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

14CASSESE, Antonio. **International criminal law**. New York: Oxford University Press, 2003.

15Evento de 30 anos da Lei da Anistia no Brasil, 22 de agosto de 2009, Arquivo Nacional, no Centro do Rio de Janeiro/RJ.

coletivos, em especial aqueles cometidos por motivação política.

Sob tal perspectiva, a anistia deve ser tratada como um reconhecimento formal por parte do Estado brasileiro dos males causados por ele próprio aos cidadãos durante o período ditatorial, como se demonstrará adiante.

3. A lei de anistia no Brasil

Mesmo passadas mais de duas décadas do fim do regime militar no Brasil, este período ainda representa uma ferida aberta para a história nacional. Conseqüentemente, a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, que, em tese, concedeu a anistia a todos os envolvidos com crimes políticos entre 1961 e 1979, suscita até hoje calorosos debates, não apenas entre os juristas e estudiosos da temática, mas também entre os políticos brasileiros.

Propositamente, o texto da lei não explicita quais violações devem ser qualificadas como crimes comuns - e punidos como tal - e quais podem ser consideradas como ações políticas - e abarcadas da Lei de Anistia.

Grande parte da celeuma em torno da referida lei teve início já na propositura e publicação da mesma. A proposta de lei foi iniciativa do General João Batista Figueiredo, presidente do Brasil à época. Proposta esta aprovada pelo Congresso Nacional composto majoritariamente pela Arena, partido do governo, através de eleição indireta de um terço dos senadores (os chamados biônicos, que não eram eleitos pelo povo).

Diante deste fato, resta claro que, ainda que tenha tramitado e sido votada pelo Congresso Nacional, a Lei de Anistia não é política nem juridicamente válida atualmente, uma vez que não respeita os princípios democráticos da Constituição Federal vigente segundo a qual todo ato legislativo deve advir da vontade popular.

Ao analisarmos a Lei de Anistia à luz da Constituição Federal, duas leituras são possíveis: a Lei não foi recepcionada pela Carta Magna de 1988 e, assim sendo, está revogada – assim como as demais leis remanescentes do período 1964-1985, que sejam contrárias à garantia dos Direitos Humanos ou tenham dado sustentação a graves violações -, ou, caso entenda-se que tenha acontecido o fenômeno da recepção, deve ser lida em consonância com a Constituição de 1988 que não permite que crimes contra a humanidade sejam anistiados.

Caso o entendimento seja pela segunda opção, é necessário que a interpretação da dita lei tenha como pano de fundo a chamada justiça de tran-

sição¹⁶ e, assim, não fira preceitos fundamentais e esteja em consonância com os tratados internacionais nos quais o Brasil é parte. Haja vista que nenhuma legislação prévia à promulgação de uma nova ordem constitucional continua em vigência se transgride qualquer de seus princípios basilares.

A pretensa recepção da Lei de Anistia, com mantendo-se a atual interpretação, é uma afronta ao Estado Democrático de Direito constituído pós 1988, haja vista que, quando ocorre o fenômeno da recepção o dispositivo recepcionado deve respeitar os princípios fundamentais da nova ordem constitucional, caso contrário, há ofensa ao princípio da supremacia da constituição em face do poder constituinte originário.

A Constituição de 1988 apregoa que o Brasil baliza-se nas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4, inc. II), tem como um de seus fundamentos basilares a dignidade da pessoa humana (art.1, inc. III), afirma que os direitos e garantias que ela elenca não excluem os demais conseqüentes do regime e dos princípios em que ela se funda e dos tratados internacionais que o país é signatário. Ainda atribui aplicação imediata às normas referentes aos direitos e garantias fundamentais (art. 5 § 1), veda a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), determina de maneira taxativa que o crime de tortura seja inafiançável e insuscetível de graça e anistia (art. 5º, inc. XLIII). Tais dispositivos não são respeitados na interpretação atual da Lei de Anistia, uma vez que partindo do texto constitucional não há como considerar anistiados crimes comuns cometidos por agentes estatais durante o regime ditatorial.

3.1. Contexto histórico e (in)compatibilidade da lei de anistia com a CF/88

O Golpe de Estado de 64 enviou o presidente João Goulart para o exílio no Uruguai e o país para um dos regimes políticos mais violentos e sombrios da história do Brasil.

Instalou-se um regime de sofrimento e desrespeito ao povo brasileiro, consolidado em cassações de mandatos de membros do Congresso Nacional, suspensões de direitos políticos de parlamentares, crimes como tortura, assas-

16Denomina-se *justiça de transição* o conjunto de respostas que o Direito constrói nos momentos de transição de regimes autoritários ou conflitos armados para ordens democráticas e pacíficas. (In PETRUS, Gabriel Merheb. **ANISTIA, MEMÓRIA E VERDADE: O Brasil em busca da justiça de transição perdida**. Curitiba, 2009. 52 f. Monografia (Conclusão do curso), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.)

sinato, desaparecimento forçado, atentado violento ao pudor, estupro, dentre outros cometidos pelos agentes estatais.

Foram cassados todos aqueles que ocupantes de funções públicas que não pactuavam com o golpe de Estado e sendo mantidos apenas os civis que corroboram para a instauração e manutenção do Estado de Exceção¹⁷.

O regime militar foi tornando-se cada vez mais autoritário e repressor. A opressão fica evidente, entre outros, pela promulgação da Lei nº 6.339, de 1º de julho de 1976, mais conhecida como Lei Falcão, criada pelo Ministro da Justiça Armando Falcão.¹⁸

A imprensa foi proibida de tratar de determinados assuntos que poderiam ser prejudiciais ao regime ditatorial. Acontecem diversos atentados, assumidos pela “Aliança Anticomunista Brasileira”, que atingem, entre outras instituições, a Ordem dos Advogados do Brasil com uma bomba que não chegou a explodir.

A Lei de Segurança Nacional aliada à Emenda nº 1 à Constituição de 1967, expedida em outubro de 1969 (conhecida como Constituição deste ano) atribuiu diversos poderes ao Governo, destruindo as liberdades públicas, aumentando a repressão política e atacando direitos individuais.

Em 1977, a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo foi tomada pela polícia. No ano posterior uma bomba é depositada na Igreja de Santo Antônio, em Nova Iguaçu no Rio de Janeiro.

Surgiram diversos movimentos que lutavam pela anistia, entre os quais podem ser citados o Movimento dos Artistas pela Anistia Ampla, Geral e Irrestrita e o movimento de parentes de presos políticos e desaparecidos, Movimento Feminino pela Anistia, o Comitê Brasileiro pela Anistia e a Ordem dos Advogados do Brasil. No segundo semestre de 1978, há o reconhecimento judicial em primeira instância da responsabilidade estatal pela morte de Vladimir Herzog.¹⁹ Ante este contexto de conflitos, a anistia era sim uma demanda. Todavia, a anistia pela qual se lutava não é a mesma que foi aprovada, conforme afirma VIEIRA (1985, p. 56):

“esta Anistia Política acabou por atingir até mesmo os responsáveis por abusos praticados contra pessoas, incluindo quem pra-

17Aqui entende-se Estado de Exceção como a situação em que uma autoridade restringe direitos dos cidadãos e concentra poderes afastando-o da democracia e aproximando-o do totalitarismo.

18Esta lei alterou o texto art. 250 do Código Eleitoral, com o escopo de evitar que o horário eleitoral gratuito pudesse ser utilizado como uma maneira de criticar o regime militar.

19KUCINSKI, Bernardo. **Abertura, a história de uma crise**. São Paulo: Ed. Brasil Debates, 1982.

ticou tortura em nome da segurança de Estado. Anistiavam-se a repressão política e também os condenados do passado. Não se anistiavam os processados no momento do suposto crime político. Em 1984, passados cinco anos da Lei de Anistia, 11.434 pessoas esperavam seus benefícios. Destes 11.434, 4.730 são civis e 6.704 são militares. Cumpre notar que, com a anistia do Presidente João Baptista Figueiredo, não resolveu o problema dos tão noticiados 144 desaparecidos.”²⁰

Levando em conta o contexto histórico, político e social da década de 1970, conhecida como “anos de chumbo”, incabível falar-se que a aprovação da lei de anistia foi resultado de discussão política de toda a sociedade, haja vista que naquele panorama não havia espaço para um amplo debate nacional, muito menos para negociação, consenso, pacto ou “acordo político”.

Para que uma lei de anistia seja reconhecida territorial e extraterritorialmente, ela deve ser promulgada de forma legítima e com propósito bastante restrito²¹, o que, como demonstrado, não aconteceu no caso brasileiro.

A elaboração da Lei de Anistia não contou com a participação efetiva da sociedade civil por meio de diferentes grupos sociais, haja vista que tais presenças poderiam afetar os interesses governamentais. Essa falta de participação representa um grave ferimento aos princípios democráticos e deslegitima a promulgação da referida lei.

Depois de rejeitadas as emendas propostas pela oposição ao projeto de lei, o texto encaminhado pelo Poder Executivo foi aprovado sem importantes variações, pois recusada a proposta de convocação das entidades representativas como a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação Brasileira de Imprensa e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil.

Em entrevista cedida por Sepúlveda PERTENCE (2003), ex-Ministro do STF, percebe-se como o § 1º do Art. 1º da Lei 6683/79 estava fora de discussão sendo imposto pelo regime ditatorial:

“No projeto, havia um ponto inegociável pelo Governo: o § 1º do art. 1o, que, definindo, com amplitude heterodoxa, o que se considerariam crimes conexos aos crimes políticos, tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos nos “porões do

20VIEIRA, Evaldo. **A república brasileira**. São Paulo : Moderna, 1985.

21BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **As leis de anistia face ao direito internacional – o caso brasileiro**. São Paulo, 2007, 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo.

regime”, como então se dizia, pelos agentes civis e militares da repressão. Meu parecer reconheceu abertamente que esse era o significado inequívoco do dispositivo. E sem alimentar esperanças vãs de que pudesse ele ser eliminado pelo Congresso, concentrava a impugnação ao projeto governamental no § 2º do art. 1o, que excluía da anistia os já condenados por atos de violência contra o regime autoritário.²²

Pouco antes de sua votação, em setembro de 1979 houve o Dia Nacional de Repúdio ao Projeto de Anistia do governo e, no dia 21, um grande ato público na Praça da Sé promovido pela OAB-SP, igualmente contra o projeto do governo.²³

O projeto de lei de anistia foi aprovado na Câmara por 206 votos contra 202, incluindo 15 deputados da Arena, consolidando a injunção do governo ditatorial que tinha o intuito de manter impunes seus agentes públicos, militares e policiais, que cometeram violações à dignidade humana dos opositores ao regime de 1964 a 1985 e sendo desprovida de juridicidade e ilegítima do foco político por representar uma autoanistia.

A lei de anistia não representou pacificação e reconciliação nacional como se tenta fazer crer, pois mesmo após a sua promulgação algumas entidades, jornais, entre outros, foram alvo de bombas e Sobral Pinto e Leonel Brizola foram vítimas de atentados em 1980. As eleições municipais de 1980 foram canceladas pelo regime militar e há dúvidas em relação à realização do pleito de 1982.²⁴ Em 1981, uma bomba que tinha como destino os festejos em celebração ao dia do Trabalhador no Riocentro explodiu no colo de um militar.

Deste modo, constata-se que, com sua origem irregular e viciada, a lei de anistia foi promulgada com a nítida intenção de privilegiar determinado setor da sociedade, qual seja: os detentores do poder no regime militar, os agentes de Estado que atuaram para a manutenção deste regime e os civis envolvidos, os criminosos que cometeram graves delitos contra os direitos humanos dos opositores do regime.

Os delitos perpetrados pelos agentes estatais da repressão não se caracterizam como crimes políticos porque não foram politicamente motivados,

22Carta Maior (www.cartamaior.com.br), 18/1/2010

23PINHEIRO. Paulo Sérgio. O STF de costas para a humanidade. **Folha de São Paulo**, quarta-feira, 05 de maio de 2010.

24Como demonstram as intervenções no debate promovido pelo Jornal da Tarde e pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo em julho de 1981 (LAMOUNIER, Bolívar; FARIA, José Eduardo (Orgs.) **O futuro da abertura: um debate**. São Paulo: Cortez; IDESP, 1981).

uma vez que seqüestros, torturas, atentados violentos ao pudor, estupro, desaparecimentos forçados, homicídios não são atos necessários para a preservação da ordem pública e social. Estes crimes são comuns cometidos por agentes que ultrapassaram os limites estabelecidos por suas funções, são crimes contra a humanidade e, como tais, não podem ser objeto de anistia.

Ferindo o princípio da isonomia, garantido pelo art. 5º, *caput* da Constituição de 1988 e deixando de ser *ampla, geral e irrestrita*, a Lei de Anistia, em seu art. 1º § 2º, compreende como anistiados crimes como tortura, assassinato, desaparecimento forçado, atentado violento ao pudor, estupro – crime estes cometidos por agentes estatais repressores - e concomitantemente deixa de abranger acusados de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal – crimes cometidos por civis que se opunham ao regime.

De tal modo, o coletivo político que compunha o governo manipulou a história do país para eximir de responsabilidade um grupo privilegiado de pessoas para que estas saíssem isentas e impunes por todo o mal que cometeram. Assim explica PETRUS (2009, p. 15):

Entre esses motivos, consta o interesse em se perpetuar no poder da *nova República*, notadamente dos políticos da ARENA, então partido de sustentação dos militares, que no fim do sistema bipartidário viria a ser transformar no antigo PDS (Partido Democrático Social), cuja agremiação originou, nos anos 90, o PFL (Partido da Frente Liberal), convertido recentemente no DEM (Democratas).²⁵

3.2. Lei de anistia face ao direito internacional

Os direitos humanos têm origens no pensamento cristão, desde o cristianismo primitivo. Os direitos humanos estão diretamente ligados à idéia dos direitos naturais que ganhou força com o jusnaturalismo. Como todos os direitos, são conquistados por meio de reivindicações e lutas. Não são dados!²⁶

Para BOBBIO (1992, p. 25), o importante não é saber quais são os direitos humanos, “mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los

25PETRUS, Gabriel Merheb. **ANISTIA, MEMÓRIA E VERDADE: O Brasil em busca da justiça de transição perdida**. Curitiba, 2009. 52 f. Monografia (Conclusão do curso), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

26SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª edição - São Paulo: Malheiros, 2006.

para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados.²⁷

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o indivíduo torna-se de fato um tema importante no âmbito do direito internacional. Ao mesmo tempo em que o direito internacional reconhece a soberania dos Estados, ele também declara que os direitos humanos fundamentais são superiores às leis dos Estados soberanos.

Para que se garanta a eficácia dos tratados sobre direitos humanos é fundamental a incorporação de suas normas na jurisdição interna dos Estados. Haja vista que o sistema ilegal internacional não tem aplicação direta para tornar as suas normas obrigatórias, é necessário que estas sejam recepcionadas de acordo com as disposições constitucionais de cada Estado. Destarte, exige-se que os Estados mantenham suas legislações internas consonantes com aquelas existentes no espaço internacional²⁸.

A soberania deve significar uma supremacia relativa sujeita ao direito internacional. Deve-se almejar a conciliação entre a soberania dos Estados e o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos, ambos princípios constitucionais da ordem internacional. O conflito entre as normas internacionais de direitos humanos e a legislação doméstica ganha materialidade quando um magistrado tem que definir se desconsiderará ou não a lei nacional e aplicará o tratado ao caso concreto.²⁹

O Brasil é signatário de diversos tratados que se preocupam com a dignidade da pessoa humana. Deste modo, anistia sempre deve preservar como pano de fundo o princípio da dignidade da pessoa humana. É inadmissível que em um país signatário de diversos acordos internacionais que condenam crimes de lesa humanidade³⁰, crimes comuns cometidos por agentes do Estado sejam anistiados.

27BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

28BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **As leis de anistia face ao direito internacional – o caso brasileiro**. São Paulo, 2007, 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo.

29BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. Op. Cit., p. 9.

30O Pacto de São José da Costa Rica, dispõe em seu art. 5º: “toda pessoa tem o direito de que respeitem a sua integridade física, psíquica e moral” e “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Na mesma esteira, a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma, em seu art. 3º que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” e em seu art. 5º que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. A preocupação com a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos é tamanha que o Brasil ratificou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, reafirmando repúdio absoluto ao referido crime.

Nesse sentido destacam-se os artigos 2º, 8º e 25º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a saber:

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

No ano 1979, o Brasil já tinha se comprometido com a investigação inderrogável e permanente de crimes contra a humanidade, o que demonstra que mesmo em seu nascimento a Lei de Anistia já detinha caráter arbitrário.³¹

A leitura da lei de anistia insistindo na aplicabilidade da lei no amparo a torturadores é contrária à tendência dos Supremos Tribunais de outros Estados, aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e às resoluções da ONU, o que levou o Brasil a figurar como réu na Corte Interamericana de Direitos Humanos - cuja jurisdição o Brasil reconhece desde dezembro de 1998 - onde o país responderá por crimes cometidos pelas forças de segurança durante a ditadura militar. É grande a possibilidade de o Estado brasileiro receber uma decisão negativa na OEA, uma vez que nos processos análogos envolvendo o Chile e o Peru estes foram condenados e, assim sendo, obrigados a investigar e julgar os crimes de violação aos direitos humanos cometidos na ditadura, haja vista que tais crimes são imprescritíveis e que a referida Corte não reconhece leis de autoanistia elaboradas em regimes de exceção como a brasileira.

Com relação aos crimes de desaparecimento forçado, entende-se que este tipo criminal detém caráter permanente e advoga-se em prol da tese do juiz federal Ali Mazloum, da 7ª Vara Criminal de São Paulo, que indeferiu o pedido de arquivamento de processo judicial que investiga a ocultação do cadáver de Flávio Carvalho Molina, militante do Movimento de Libertação Popular (Molipo), preso em novembro de 1971 por agentes do Exército.

Para o magistrado, a ocultação do cadáver não prescreveu, nem foi abarcado pela Lei 6.693/1979, pois o corpo foi mantido oculto após a lei. “Trata-se de crime permanente que subsiste até o instante em que o cadáver

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º 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.

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Artigo 25º - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

31 As Convenções de Genebra de 1949, nas quais o Brasil é parte, dispõem o art. 49, “Alta Parte contratante terá a obrigação de procurar as pessoas acusadas de terem cometido ou de ordenado quaisquer infrações graves e entregá-las aos seus próprios tribunais, independentemente de sua nacionalidade”.

é descoberto.” “A descoberta do óbito não se confunde com a descoberta do cadáver, única hipótese apta a fazer cessar a permanência do crime de ocultação”, afirma o juiz.³²

Deste modo, ainda que eventualmente entenda-se que a Lei de Anistia inclui os crimes cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram atos contra a segurança nacional e a ordem política e social, o Estado tem o dever de investigar os crimes de desaparecimento forçados e de ocultação de cadáver, devido ao caráter contínuo destes.

4. Violações aos direitos humanos: passado, presente e futuro

A interpretação contemporânea atribuída a Lei 6683/79 impede a investigação e o conhecimento das circunstâncias e dos responsáveis pelos episódios acontecidos entre 1964-1985.

Como já exposto anteriormente, hodiernamente, o Brasil é uma democracia que tem como um de seus princípios básicos a proteção aos direitos humanos e o dever de protegê-los e garantir a sua efetividade, através da investigação, publicização e punição civil e criminal dos agentes responsáveis por violações.

Além de representar o “encarceramento da história do Brasil nos porões mais sombrios do esquecimento”³³. A ocultação da verdade escondida nos arquivos da ditadura militar afeta não apenas vítimas e as famílias dos seqüestrados, torturados, estuprados, assassinados por agentes da repressão e até hoje clamam por justiça e não sabem o que aconteceu³⁴, mas toda a população que está sendo privada de ter acesso a informação e do direito à verdade histórica.

A não-concretização do direito à memória e a justiça origina conseqüências que se operam em três sentidos, como bem expõe PETRUS (2009, p. 2):

“impede, em primeiro lugar, que as violações aos direitos humanos sejam investigadas; sabotagem a compreensão histórica crítica que nos habilitaria a promover transformações sociais

32 Agência Brasil (<http://agenciabrasil.abc.com.br>) – 25/05/2010.

33 PETRUS, Gabriel Merheb. **ANISTIA, MEMÓRIA E VERDADE: O Brasil em busca da justiça de transição perdida**. Curitiba, 2009. 52 f. Monografia (Conclusão do curso), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

34 Há cerca de 150 pessoas ainda consideradas desaparecidas no Brasil, que se estiverem mortas os cadáveres permanecem ocultados.

significativas no presente; por fim, opera a sensação de que *o tempo passou e nada mudou*, convencendo-nos de que certas *práticas e instituições* – sobretudo as incompatíveis com a idéia de Estado Democrático de Direito – não se modificaram na transição de regimes.”³⁵

A memória social coletiva tem, entre outras finalidades, impedir que crueldades como as ocorridas no regime militar voltem a acontecer. A devida investigação e apuração de responsabilidades dos crimes perpetrados contra a humanidade têm ainda função pedagógica, na medida em que a punição dos violadores do passado e a aplicação do direito desencorajem violações no presente e no futuro. Psicologicamente, a justiça é necessária para curar traumas e antigas feridas, o que é indispensável para a reconciliação e a paz. Politicamente, um fracasso em promover a justiça pode minar a legitimidade do governo pós-conflito e encorajar futura violência.³⁶

Ao deixar de apurar os crimes brutais ocorridos o Estado corrobora para a perpetuação da impunidade, como assevera **KEHL (2010)**:

“A pesquisadora norte-americana Kathrin Sikking revelou que no Brasil, à diferença de outros países da América latina, a polícia mata mais hoje, em plena democracia, do que no período militar. Mata porque pode matar. Mata porque nós continuamos a dizer tudo bem.”³⁷

Seguindo este raciocínio, é fundamental a luta de toda a sociedade pela realização da justiça, especialmente nos casos de violações aos direitos humanos, como alerta **COIMBRA (2001, p. 19)**³⁸

“Apesar de muitos terem participado diretamente dessa história recente do Brasil, não é esta marca que os qualifica a lutar contra a impunidade e a denunciar as torturas que muitos outros ainda hoje continuam sofrendo. Esta luta não é somente daqueles que, por suas utopias, foram exterminados e/ou marcados como a peste. Esta é uma luta de todos, e de todas as sociedades. Não uma luta particular ou específica, mas uma luta geral, coletiva, por uma nova concepção de mundo, de homem e de humanidade: por uma sociedade sem torturas.”

35PETRUS, Gabriel Merheb. Op. Cit., p. 2.

36BINNINGSBØ, Helga Malmin; GATES, Scott; LIE, Tovo Grete. **Post-Conflict Justice and Sustainable Peace**. World Bank Policy Research Working Paper 4191, 2007, p. 3.

37KEHL, Maria Rita. **Tortura, por que não? O Estado de São Paulo**, 3 de maio de 2010.

38COIMBRA. Cecília Maria Bouças, TORTURA ONTEM E HOJE: RESGATANDO UMA CERTA HISTÓRIA. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 6, n. 2, p. 11-19, jul./dez. 2001

Diante todo o exposto, conclui-se imprescindível uma reinterpretação da Lei de Anistia que permita a apurar, julgar e punir os violadores de direitos humanos durante a ditadura, tornando efetivos os princípios basilares do atual Estado Constitucional/Democrático de Direito e evitando que tornem a acontecer semelhantes violações e promovendo a justiça.

5. Referências bibliográficas

Antígona de Sófocles. Maria Helena da Rocha Pereira, ed. lit. Coleção: Textos Clássicos. Ano: 2007 (7ª edição). A literatura, através fala da personagem, permite-nos diagnosticar que a reivindicação do direito à memória se faz presente desde as sociedades primitivas.

ACQUAVIVA, Claudio Marcus. **Dicionário Jurídico Brasileiro.** Editora Jurídica Brasileira. São Paulo. 1993.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **As leis de anistia face ao direito internacional – o caso brasileiro.** São Paulo, 2007, 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo.

BINNINGSBØ, Helga Malmin; GATES, Scott; LIE, Tovo Grete. **Post-Conflict Justice and Sustainable Peace.** World Bank Policy Research Working Paper 4191, 2007, p. 3.

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

CARVALHO NETTO, Menelick – Entrevista a Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Disponível em http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2007/04/-sumario?next=20. Acesso em 20/05/2010.

CASSESE, Antonio. **International criminal law.** New York: Oxford University Press, 2003.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças, TORTURA ONTEM E HOJE: RESGATANDO UMA

CERTA HISTÓRIA. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 6, n. 2, p. 11-19, jul./dez. 2001

COMPARATO, Fabio Konder. **Fundamentos dos Direitos Humanos.** São Paulo. 1997. Coleção Documentos.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional;** Selección, traducci-

ón e introducción Pedro Cruz Villalon. Centro de Estudios Constitucionales – Madrid, 1992.

KEHL, Maria Rita. **Tortura, por que não? O Estado de São Paulo**, 3 de maio de 2010.

KUCINSKI, Bernardo. **Abertura, a história de uma crise**. São Paulo: Ed. Brasil Debates, 1982.

LAMOUNIER, Bolívar; FARIA, José Eduardo (Orgs.) **O futuro da abertura: um debate**. São Paulo: Cortez; IDESP, 1981

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro – A anistia e as suas conseqüências – um estudo do caso brasileiro**. São Paulo, 2003. 203 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**; tradução Adriano Pilatti – Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental em face da Lei de Anistia brasileira**. Brasília, 2008.

PETRUS, Gabriel Merheb. **ANISTIA, MEMÓRIA E VERDADE: O Brasil em busca da justiça de transição perdida**. Curitiba, 2009. 52 f. Monografia (Conclusão do curso), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

PINHEIRO. Paulo Sérgio. O STF de costas para a humanidade. **Folha de São Paulo**, quarta-feira, 05 de maio de 2010.

SALMON, Elizabeth. Algumas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latino-americana. In.: **International Review of the Red Cross**, n. 862, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª edição - São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Evaldo. **A república brasileira**. São Paulo : Moderna, 1985.