

# O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira\*

José Carlos Moreira da Silva Filho\*\*

## 1. Introdução

Justiça de Transição é um termo de origem recente<sup>1</sup>, mas que pretende indicar aspectos que passaram a ser cruciais a partir das grandes guerras mundiais deflagradas no Século XX: o Direito à Verdade e à Memória, a Reparação, a Justiça e o Fortalecimento das Instituições Democráticas<sup>2</sup>. O foco

---

\*Este artigo é fruto de projeto de pesquisa desenvolvido pelo Grupo de Pesquisa Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição, com sede no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. O projeto de pesquisa, do qual resultou este artigo, obtém auxílio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq e conta com bolsa de iniciação científica da Federação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS.

\*\* Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB; Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais – Mestrado e Doutorado - e Graduação em Direito); Conselheiro da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça; Membro-Fundador do Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição – IDEJUST.

<sup>1</sup> A Justiça de Transição foi denominada da seguinte forma em documento produzido pelo Conselho de Segurança da ONU: “A noção de ‘justiça de transição’ discutida no presente relatório compreende o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destruição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos” (NAÇÕES UNIDAS – Conselho de Segurança. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretário Geral S/2004/616. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n.1, p.320-351, jan.-jun. 2009. p.325). Ver também: SOARES, Inês Virginia Prado. Justiça de Transição. In: **Dicionário de Direitos Humanos**. Brasília: ESMPU. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Justi%C3%A7a+de+transi%C3%A7%C3%A3o> . Acesso em 28 de junho de 2010. Ainda sobre o tema da Justiça de Transição, conferir: Dossiê: o que é justiça de transição? In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n.1, p.31-112, jan.-jun. 2009.

<sup>2</sup> Sinteticamente, o *Direito à Verdade e à Memória* refere-se à necessária apuração dos fatos ocorridos em períodos repressivos e autoritários, especialmente em ditaduras e totalitarismos, demarcando a necessidade de um amplo acesso aos documentos públicos. O apelo à memória indica, além disso, a necessidade de que o Estado empreenda políticas de memória, para reforçar a idéia da não repetição. A *Reparação* traz à tona o direito de indenização por parte daqueles que foram perseguidos e prejudicados pela ação repressiva do Estado, tanto no aspecto econômico como no moral, apontando para a necessidade do reconhecimento do papel

preferencial da Justiça de Transição recai sobre sociedades políticas que emergiram de um regime de força para um regime democrático.

Nessa ótica, é imprescindível ao desenvolvimento de uma democracia que ela possa confrontar-se com o seu passado de barbárie e repressão política, demarcando claramente a diferença que guarda deste passado obscuro e sinalizando fortemente para uma nova direção, na qual o respeito aos direitos humanos e a manutenção das liberdades públicas sejam pilares inegociáveis e inexpugnáveis.

A ausência de uma adequada transição política contribui para que a democracia não se desenvolva, para que ela fique isolada em um discurso democrático ao qual corresponde, em verdade, uma prática autoritária. Em relação à ditadura civil-militar imposta no Brasil a partir de 1964 é por demais evidente que não houve ainda uma transição adequada. Ao contrário de outros países da América Latina que amargaram ditaduras no mesmo período, no Brasil não houve, até o presente, uma Comissão de Verdade e muito menos a apuração e a responsabilização penal dos agentes públicos e seus mandantes que cometeram crimes contra a humanidade. Isto se reflete na continuidade da extrema violência empregada pelas forças de segurança pública no país, e em especial da tortura como método de investigação criminal. Reflete-se também no caráter conservador do Poder Judiciário brasileiro.

Tal constatação assume contornos nítidos na decisão manifestada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>3</sup>. Este julgamento traduz-se em uma fortíssima

---

político exercido pelos que sentiram a mão pesada do Poder Público. A *Justiça* refere-se ao direito da sociedade em que sejam investigados e apurados criminalmente os crimes de lesa-humanidade cometidos pelos agentes públicos e seus mandantes, demarcando, ademais, a sua responsabilização. Por fim, o *Fortalecimento das Instituições Democráticas* traz a imperiosidade da reforma das instituições públicas que, durante o regime de exceção, permitiram e se amoldaram à prática sistemática de crimes contra a humanidade, especialmente as instituições relacionadas à justiça e à segurança pública.

<sup>3</sup> Nesta ação, sucintamente, a OAB pretendeu que o STF firmasse uma interpretação restritiva ao Art. 1º, §1º da Lei 6683/79, a Lei de Anistia promulgada durante o governo de João Baptista Figueiredo. A interpretação prevalecente até hoje é a de que ao utilizar a expressão “crimes políticos ou conexos com estes” a lei anistiou não apenas os perseguidos políticos, mas também os agentes públicos que tenham cometido crimes de lesa-humanidade na perpetração dessas

evidência de que o Brasil ainda está engatinhando no quesito do fortalecimento da democracia e do desenvolvimento esperado a partir de um adequado processo de transição política.

O propósito deste artigo é o de se contrapor à decisão tomada pelo STF em relação à interpretação da Lei de Anistia de 1979 e, principalmente, aos argumentos que foram apresentados pelos Ministros e Ministras que participaram da votação. Após a análise cuidadosa de todos os votos<sup>4</sup>, é possível destacar, de modo geral, três grupos de argumentos, a saber, hermenêuticos, históricos e relacionados a um forte desprezo ao Direito Internacional Humanitário. Tais argumentos revelam a dificuldade da alta cúpula do Poder Judiciário brasileiro em acompanhar um necessário desenvolvimento da democracia no Brasil.

## 2. O Atraso Hermenêutico

Sob o ponto de vista hermenêutico, os votos dos Ministros e Ministras do STF apegaram-se demasiadamente a conceitos e formulações já ultrapassados na Teoria e na Filosofia do Direito.

Nos votos de Carmem Lúcia<sup>5</sup>, Celso de Mello<sup>6</sup> e Carlos Ayres Britto<sup>7</sup> veio à tona a referência ao método histórico de interpretação. Carmem Lúcia e Celso de Mello ponderaram que o método histórico não é dos mais confiáveis e pode gerar armadilhas, mas que ele não poderia ser ignorado na discussão do presente caso. Para os juízes, seria de fundamental importância o

---

perseguições. O intuito da OAB era o de provocar o STF a dizer que a Anistia não deve ser estendida para estes casos. A ação foi interposta em outubro de 2008.

<sup>4</sup> No momento da redação deste artigo apenas os votos de Eros Grau, Carmem Lúcia, Ricardo Lewandovsky e Celso de Mello haviam sido publicados. O acesso aos demais votos deu-se através do sítio eletrônico do *you tube* ([www.youtube.com](http://www.youtube.com)).

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153CL.pdf> . Acesso em 28 de junho de 2010.

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153CM.pdf> . Acesso em 28 de junho de 2010.

<sup>7</sup> Até a conclusão deste artigo, o voto do Ministro Carlos Ayres Britto não havia sido publicado, mas está disponível através de vídeo no sítio eletrônico do *you tube*. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=5ranNPsDDAk> . Acesso em 28 de junho de 2010.

esclarecimento das circunstâncias históricas que cercaram a edição da lei de Anistia. Afirmaram ambos, assim como todos os que votaram pelo indeferimento da ação, que houve um acordo que indicava a bilateralidade da Anistia.

Já Ayres Britto repudiou a utilização do método histórico afirmando que ele não é propriamente um método, mas sim um “paramétodo”, uma espécie de recurso supletivo ao qual só se deve recorrer caso remanesça alguma dúvida sobre o sentido do texto, e desde que tenham sido insuficientes os métodos clássicos, estes sim verdadeiros métodos, a saber: literal, lógico, sistemático e teleológico. Afirmou o Ministro que o método histórico não poderia servir para afastar antecipadamente dúvida de interpretação. Com esta argumentação, Ayres Britto quis indicar que mais importante do que a referência às tratativas da lei da Anistia, tão enfatizadas no voto do relator, Ministro Eros Grau, seria a própria lei em si.

Indicou Ayres Britto que se de fato existia o deliberado propósito de se anistiar os agentes repressores que cometeram tortura e outros crimes comuns então que isto fosse explicitado de modo claro e sem “tergiversação redacional”. Afirmou que quem redigiu a lei não teve coragem de assumir a tão propalada intenção de anistiar os torturadores, o que até poderia ter sido feito sim pelo Congresso Nacional, disse o Ministro, mas que deveria ser no mínimo apontado explicitamente no texto da lei, de modo claro e inequívoco.

Veja-se, portanto, que a justificativa apresentada por Ayres Britto funda-se em um critério eminentemente literal. A partir daí fica a pergunta no ar, e que será confrontada mais adiante: caso a lei de Anistia houvesse explicitamente anistiado torturadores e outros perpetradores de crimes contra a humanidade, poder-se-ia defender a sua validade hoje? Na linha de argumentação do Ministro a resposta seria sim. Como se verá adiante, não deveria ser este o único critério levado em conta, basta dizer que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos repudia a auto-Anistia, por mais que ela venha disfarçada em lei urgida no ninho ditatorial ou por mais explícito que seja o seu texto.

Reforçando o seu argumento, Ayres Britto registrou uma frase do jurista Geraldo Ataliba: “Eu não sou um psicanalista do legislador, eu sou um

psicanalista da lei”. O Ministro fez a distinção entre vontade objetiva da lei e vontade subjetiva do legislador, concluindo que o que interessa é a vontade objetiva da lei, o que, segundo se deduz dos argumentos expendidos pelo magistrado, estaria assegurada no sentido claro e inequívoco do texto legal, não em ilações de justificativa histórica.

Analisando criticamente tais argumentos percebe-se que tanto os Ministros Celso de Mello e Carmem Lúcia, que indeferiram a ação, como o Ministro Ayres Britto, que a deferiu parcialmente, apoiaram os seus juízos em teoria já ultrapassada, maximilianamente incapaz de dar conta da complexidade do processo hermenêutico. Não são poucos os autores que registram, de um lado, a insistência de grande parte dos nossos juristas (e entre eles podemos inserir juízes da Suprema Corte) em teses arcaicas que ignoram olímpicamente toda a reviravolta lingüística que o século XX assistiu<sup>8</sup>, e, de outro lado, nos apresentam uma hermenêutica jurídica renovada e sintonizada com este novo paradigma<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Faço uso aqui da expressão “reviravolta lingüística” em homenagem ao conhecido livro organizado por Manfredo Araújo de Oliveira: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996, e que nos artigos que colaciona já registra de maneira precisa alguns dos fundamentos teóricos que nos exigem um entendimento mais ventilado no plano da hermenêutica jurídica.

<sup>9</sup> Para citar alguns: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da, ALMEIDA, Lara Oleques de, ORIGUELLA, Daniela. Ensino do Direito e hermenêutica jurídica: entre a abordagem metodológica e a viragem lingüística. In: CERQUEIRA, Daniel Torres de; FRAGALE FILHO, Roberto (orgs.). **O ensino jurídico em debate**: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica. Campinas: 2007. p. 23-43; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio. **Hermenêutica jurídica**: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992; CASTANHEIRA NEVES, A. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003; CALVO GARCÍA, Manuel. **Los fundamentos del método jurídico**: una revisión crítica. Madrid: Tecnos, 1994; WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I – Interpretação da lei**: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994; WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teoria da interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979; KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Tradução de Emílio Eiranova Encinas. Barcelona: Marcial Pons, 2000; KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. Tradução de Villar Borda e Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999; LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**- análise de uma “recepção”. Lisboa: Fragmentos, 1990; SCHAPP, Jan. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica**. Tradução de Ernildo Stein. Porto Alegre: SAFE, 1985.

A referência aos métodos de interpretação e à classificação mencionada por Ayres Britto, remonta à produção teórica do jurista alemão Friedrich Karl Von Savigny (1779-1861), fundador da conhecida *Escola Histórica do Direito*<sup>10</sup>. Para Savigny, o ato hermenêutico do jurista deve buscar, racionalmente, a reconstrução do pensamento contido na lei. Recomendava que o intérprete se posicionasse no lugar do legislador, e que tivesse bom conhecimento do contexto histórico do surgimento da lei<sup>11</sup>. As particularidades da interpretação jurídica surgem pelo fato de que, ao ser decomposta em suas partes constitutivas, permite identificar quatro elementos diferentes, todos eles adequados para alcançar o pensamento expresso na lei, quais sejam, o *gramatical*, o *lógico*, o *histórico* e o *sistemático*. Esses quatro elementos são quatro operações diferentes cuja reunião é indispensável para interpretar a lei<sup>12</sup>.

Veja-se, portanto, que, ao contrário do que afirmou Ayres Britto, o método histórico integrava os quatro métodos clássicos. Na verdade era o método teleológico<sup>13</sup> que despertava as suspeitas de Savigny, recomendando o seu uso apenas subsidiariamente<sup>14</sup>. Aos poucos, foram se revezando as mais diferentes classificações para tais métodos. A Jurisprudência dos Valores, escola de interpretação que se desenvolveu ao longo da primeira metade do século XX, apregoava que a essência da norma estava nos valores a ela subjacentes, mais próximos do que demarcaria a sua finalidade. Daí porque

---

<sup>10</sup> Savigny via o Direito em seu tempo como o resultado formado pelas interpretações do *Corpus Juris Civilis* (a compilação de normas, pareceres e textos do Direito Romano produzida por Justiniano) construídas ao longo de vários séculos e pelos costumes jurídicos. Nesse sentido, desenvolveu uma metodologia do conhecimento jurídico norteadora do desenvolvimento da unidade a partir da variedade, vez que concebia o ordenamento jurídico não como o somatório das normas jurídicas vigentes, mas como uma totalidade, um todo único e sistemático formado pelo conjunto dos institutos jurídicos: um direito abstrato, profundo e racional que vive na consciência do povo (*Volksggeist*). Ou seja, o todo seria algo diferente da soma das partes, algo que vive na consciência do povo, mas que só poderá ser descoberto no sistema (SAVIGNY, F. K. von. **Sistema del derecho romano actual**. Tradução de M. Ch. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 1878, p. 66-67, v. I.).

<sup>11</sup> SAVIGNY, F.K. von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001. p.9-10.

<sup>12</sup> SAVIGNY, **Sistema del drecho romano actual**, p. 187-188.

<sup>13</sup> Por meio do método teleológico o intérprete pode se afastar do sentido literal do texto normativo amparado pela compreensão da finalidade ou razão de ser da norma jurídica, a *ratio legis*.

<sup>14</sup> SAVIGNY. **Metodologia jurídica**, p.40-44; LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p.12.

deveria o intérprete buscar não a vontade do legislador e sim a vontade da lei, o seu sentido objetivo. Ademais, com a aceleração das mudanças históricas, a lei, na medida da sua longevidade, passaria a exigir do intérprete um esforço crescente de adaptação a novas circunstâncias, deixando a referência ao pensamento do legislador como algo cada vez mais anacrônico.

Toda essa discussão sobre métodos e vontade da lei, contudo, ignora a reviravolta linguística operada no plano filosófico e suas repercussões no campo da hermenêutica jurídica. Tal reviravolta indica que a linguagem assume o posto fundante antes reservado ao sujeito cognoscente. Quando a referência básica é o sujeito cognoscente, o intérprete (sujeito) é visto como alguém que, ao aplicar correta e racionalmente o instrumental científico necessário (métodos), delimita o verdadeiro sentido do texto normativo (objeto). Já a partir do paradigma da linguagem, especialmente no campo da hermenêutica filosófica e na linha dos escritos de Heidegger e Gadamer<sup>15</sup>, percebe-se que o sujeito já pressupõe em qualquer atividade que realize, entre elas a de interpretar um texto, todo um conjunto de conceitos, valores e sentidos, sem os quais não seria sequer capaz do pensamento e da autoconsciência<sup>16</sup>. O mais importante não são os métodos aplicados sobre o objeto, mas sim o que subjaz à articulação dos métodos e que, no esquema cientificista tradicional é invisibilizado. O nome dado a esta dimensão, que é uma verdadeira condição de possibilidade, é o de *pré-compreensão*, ela demarca o caráter ontológico da hermenêutica para o humano. Muito mais do que métodos ou ferramentas, a hermenêutica se aloja no próprio modo de ser das pessoas<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Especialmente: HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. 2.ed. Tradução de José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1997; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

<sup>16</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (orgs.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

<sup>17</sup> A história dessa formulação e a sua repercussão no campo da hermenêutica jurídica são desenvolvidas em SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

A pré-compreensão é tanto o que permite a realização da interpretação como o que a orienta. Já foi devidamente registrado que não existe um método sobre como usar os métodos<sup>18</sup>. O que, num caso concreto, deverá ditar o predomínio de uma exegese literal ou o seu afastamento em homenagem à alegada finalidade da lei? A própria decisão do STF, ora em comento, evidencia que os métodos são manipulados para as mais diferentes direções. Quando os métodos e o esforço de justificação racional da decisão surgem já existe algo que está em franca operação. É por isto que uma decisão judicial ou qualquer outra interpretação andaria melhor, de modo muito mais esclarecedor, se ao invés de disfarçar os seus pressupostos como aplicação de um método científico, procurasse explicitá-los.

Tanto a ênfase no sentido objetivo da lei quanto no sentido da vontade do legislador partem do pressuposto de que o texto normativo já possui um sentido pleno e verdadeiro e que o intérprete só o descobrirá, sem que contribua de fato para a sua formulação. Ambos os enfoques, o objetivo e o subjetivo, menosprezam o papel decisivo da pré-compreensão. Parafraseando a frase de Ataliba que Ayres Britto citou em seu voto, poder-se-ia dizer que não é a lei nem o legislador que necessitam de um psicanalista, mas sim o próprio intérprete.

Na discussão sobre a lei de Anistia é patente que o contexto histórico da sua edição deveria ter sido invocado. Contudo, isto não garantiria por si só nem uma nem outra conclusão, e também não autorizaria que tal critério fosse tomado de modo exclusivo e preponderante. Tudo passa pela compreensão do juiz quanto ao contexto histórico que busca reconstruir, bem como, quanto ao próprio ordenamento jurídico em suas dimensões sistemáticas, lógicas, teleológicas, gramaticais e literais. É nesse plano que se buscará apontar neste artigo o grande desacerto dos Ministros e Ministras do STF quanto às suas concepções tanto históricas quanto sistemáticas procurando apresentar pressupostos que sejam hábeis a confrontar aqueles que levaram a Corte Suprema a decidir como decidiu.

---

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.238.



Curioso é perceber que mesmo Eros Grau<sup>19</sup>, autor respeitado no âmbito da hermenêutica jurídica e que ventilou no seu voto algumas das mais avançadas reflexões nessa seara, não soube fazer uso adequado do arsenal teórico que invocou. Em sintonia com o pensamento de Gadamer, invocou a tese da *applicatio*, ou seja, de que quando se interpreta se está ao mesmo tempo a aplicar, pois é só no momento da interpretação e à luz dos pressupostos que operam naquele instante é que o texto normativo adquire sua dimensão concreta e efetiva<sup>20</sup>. Coerente com tal entendimento, Eros Grau afirmou que a interpretação é constitutiva e não declarativa ou reprodutiva, e que ela se dá a partir do horizonte do presente e não do momento histórico em que surgiu o texto normativo (embora faça uma declarada exceção com relação à Lei 6683/79).

Daí porque ressaltou que o texto da norma só se torna claro quando ocorre a interpretação, não sendo lícito confundir o texto da norma com a norma toda<sup>21</sup>. Quando afirmou isto, no entanto, Eros Grau o fez para criticar a redação da inicial oferecida pelo Conselho Federal da OAB, especificamente com relação ao seguinte trecho (no qual se fazia referência ao Art. 1º, § 1º da Lei 6683/79):

É sabido que esse último dispositivo legal foi redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-

---

<sup>19</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf> . Acesso em 28 de junho de 2010.

<sup>20</sup> Neste sentido, cabe fazer uma crítica à noção de “interpretação autêntica”, invocada em quase todos os votos para se fazer referência ao Art.1º, §1º da Lei 6683/79, crítica que, aliás, já era feita por nada mais nada menos do que Savigny. Escreveu o jurista: “Só é possível falar em uma interpretação *doctrinalis*, e não de uma *authentica*, porque quando o legislador aclara uma lei, surge uma nova lei cuja origem é a primeira, de forma que não é possível falar em uma interpretação daquela” (SAVIGNY, **Metodologia jurídica**, p.8). Ora, mesmo a lei que buscou um texto mais claro em relação ao que uma lei anterior estatuiu continua sendo alvo da interpretação do seu aplicador, seja ele juiz, advogado ou destinatário da norma, ainda mais quando o texto que deveria ser o mais claro pertence à mesma lei e é exatamente o que se torna mais obscuro e ambíguo, como é patente com relação ao Art. 1º, §1º da Lei 6683/79. Invocar uma “interpretação autêntica” afigura-se como uma espécie de isenção de responsabilidade por parte do intérprete, limitando-se este a colocar toda a fatura das suas conclusões em nome do legislador.

<sup>21</sup> Tal é o entendimento firmado pelo jurista alemão Friedrich Muller, que em sua conhecida divisão da norma jurídica em programa da norma (texto normativo) e âmbito da norma (recorte da realidade social apontado pelo texto da norma) procura escapar das concepções abstratas e descritivas da norma jurídica (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000).

repticiamente, no âmbito da Anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar. Em toda a nossa história, **foi esta a primeira vez que se procurou fazer essa extensão da Anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado, encarregados da repressão.** Por isso mesmo, ao invés de se declararem Anistiados os autores de crimes políticos e crimes comuns a ele conexos, como fez a lei de Anistia promulgada pelo ditador Getúlio Vargas em 18 de abril de 1945, redigiu-se uma norma propositalmente obscura. E não só obscura, mas tecnicamente inepta<sup>22</sup>.

Em insistentes (sic)'s Eros Grau ironizou parte da frase destacada em negrito, aquela que diz “se procurou”. Asseverou o Ministro relator que ali estava uma tentativa de justificar a alegada obscuridade do texto normativo. Para Eros Grau a obscuridade ou a clareza do texto normativo não pode ser pressuposta. Só se poderia dizer que um texto é claro após a sua interpretação, daí porque não se poderia afirmar que o dispositivo invocado era tecnicamente inepto. Ademais, quem “procurou” estender a Anistia aos agentes repressores, segundo Eros, foi o Poder Legislativo, assim só ele poderia declinar da sua intenção ao “ter procurado” realizar tal intento.

No engenho argumentativo do Ministro relator, contudo, percebe-se um malabarismo sofisticado. Ora, se a clareza do texto normativo só surge após a sua interpretação, o mesmo pode ser dito com relação à sua obscuridade. Aos olhos do Conselho Federal da OAB, após ter-se debruçado sobre o texto normativo e tê-lo interpretado, apresentou-se a evidência da obscuridade da norma e da sua inépcia técnica. Tal conclusão, diga-se de passagem, só foi possibilitada de modo efetivo após quase trinta anos da edição da Lei de Anistia, quando finalmente o tema do julgamento dos agentes repressores da ditadura brasileira por violações aos direitos humanos e por cometimento de crimes contra a humanidade conseguiu sair do círculo mais restrito dos familiares e amigos das vítimas do regime de exceção e dos grupos militantes, alcançando de modo

---

<sup>22</sup>Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/586\\_ADPF%20153%20-%20peticao%20inicial.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/586_ADPF%20153%20-%20peticao%20inicial.pdf). Acesso em 28 de junho de 2010.

insistente as páginas dos principais jornais do país e a esfera pública institucional<sup>23</sup>.

Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso afirmou não entender porque a OAB hoje apresentava uma opinião diferente daquela que foi expressa por intermédio do parecer de José Paulo Sepúlveda Pertence, aprovado pelo Conselho da Ordem no ano de 1979<sup>24</sup>. Contrariamente à estupefação do presidente da Corte, é preciso entender que não são apenas os juízes que podem mudar de entendimento e enveredar por compreensões dissonantes. Na verdade, assim como o sentido do texto normativo, o passado também não cessa de se reapresentar. Ele não está fixo em alguma pretensa descrição absoluta e atemporal<sup>25</sup>. É certo que hoje se dispõe de muito mais elementos para se interpretar aquele contexto tão nebuloso da abertura lenta e gradual apreçada pelo ex-ditador Ernesto Geisel. Muitos arquivos foram abertos, muitas histórias de perseguição e terrorismo de Estado foram reveladas pelos que sobreviveram<sup>26</sup>. Tudo isto muda a compreensão que se tem do próprio passado.

---

<sup>23</sup> Há um episódio que demarcou claramente esta mudança de cenário. No dia 31 de julho de 2008 a Comissão de Anistia organizou uma audiência pública no prédio sede do Ministério da Justiça em Brasília para discutir as possibilidades jurídicas de julgamento dos torturadores que atuavam em prol do governo ditatorial. A reação da imprensa foi imediata e incessante. Até então este parecia um assunto proibido. O então Presidente do Conselho Federal da OAB, Cezar Britto, compareceu à audiência e meses depois surgiu a ADPF 153 no STF. Com isto não se está a negar o papel persistente, corajoso e decisivo dos familiares dos mortos e desaparecidos que desde sempre levantaram essa discussão, mas que não eram devidamente recepcionados pelos meios de comunicação de massa e nem pelo espaço institucional.

<sup>24</sup> Até a conclusão deste artigo, o voto do Ministro Cezar Peluso não havia sido publicado, mas está disponível através de vídeo no sítio eletrônico do *you tube*. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=bK2Hpfnk2Qg>. Acesso em 28 de junho de 2010.

<sup>25</sup> François Ost é preciso sobre este ponto: “o passado nunca é simples, defendemos nós. Longe de fechar-se na sua anterioridade, ele prolonga-se na actualidade que modifica a percepção que temos dele. Por outras palavras: os factos e os textos recebem uma interpretação evolutiva enquanto, por natureza, a decisão de justiça que os fixa tem um efeito retroactivo” (OST, François. **O tempo do Direito**. Tradução de Pedro Henriques. Lisboa: 2001. p.188).

<sup>26</sup> É compreensível que a Comissão de Anistia tenha tomado a iniciativa de intensificar este debate no seio do próprio governo e da sociedade brasileira. Como demarca a Lei 10.559/2002, que institui a Comissão e regulamenta o Art. 8º do ADCT da Constituição Federal de 1988, para que se possa conceder a reparação econômica por danos causados por perseguição política é preciso que a perseguição seja minimamente apurada através de diferentes meios de prova, acompanhados, em muitos casos, dos testemunhos presenciais dos próprios requerentes. Tem-se uma visão das perseguições políticas empreendidas pelo olhar daqueles que foram perseguidos. A Comissão de Anistia já identificou dezenas de milhares de casos de perseguição política, aí incluídos exílios, torturas, perdas de emprego, cassações, perda de direitos políticos,

Só recentemente é que foi possível inserir na pauta pública o tema da punição aos torturadores da ditadura militar. É de uma obviedade flagrante o fato de que na época da edição da lei, ainda em vigor o regime de exceção, não se teriam as menores condições para um debate dessa natureza. O próprio Sepúlveda Pertence no parecer citado por vários Ministros e Ministras assinalou que tal ponto era inegociável pelo governo e que, portanto, dever-se-ia priorizar a luta pela Anistia de todos os perseguidos políticos.

O que se pode dizer, concluindo este item, é que Eros Grau, mesmo fazendo uso de um referencial teórico-hermenêutico avançado, revelou a insuficiência e a fragilidade dos seus pressupostos, ou seja da sua pré-compreensão, incorrendo, inclusive, em algumas involuções historicistas. Isto ocorre quando Eros Grau faz um apelo a que a Lei de Anistia de 1979 seja interpretada a partir do contexto no qual ela foi editada e não a partir do presente. Ora, mesmo a compreensão do passado se dá a partir dos elementos que sustentam o esforço descritivo do historiador. Tais elementos estão no presente, logo o historiador do direito também executa a *applicatio*, não apenas o juiz. É o que ensina Gadamer em item de título sugestivo - *O significado paradigmático da hermenêutica jurídica* - inserido na segunda parte de *Verdade e Método*<sup>27</sup>.

No próximo item tratar-se-á exatamente do contexto histórico que cercou a edição da Lei de Anistia de 1979, e isto sem que se deixe de admitir que a reconstrução do passado se reapresenta no presente, impulsionada pelas novas compreensões, elementos, narrativas e estudos que à própria época da ocorrência dos fatos simplesmente não existiam. Pode-se resumir o teor do próximo item com uma pergunta: Afinal, que acordo foi esse?

---

prisões, entre outras. Até o ano de 2009, do total de 64.151 requerimentos de anistia, 30.967 obtiveram o reconhecimento da condição de anistiado político (Justiça de Transição no Brasil: o papel da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n.1, p.17, jan.-jun. 2009). Tal experiência foi gerando um acúmulo de informações que catalisou a emergência da discussão sobre a punição dos torturadores.

<sup>27</sup>GADAMER, op.cit., p.482-504.

### 3. A História Mal Contada e o Acordo Inexistente

Todos os Ministros e Ministras que votaram pelo indeferimento da ação não hesitaram em exaltar a Lei 6683/79 como o fruto de um acordo realizado entre “os dois lados”. Relembremos, sinteticamente, de que modo isto foi colocado pelos julgadores, começando pelo Relator.

Na inicial, indica-se que, ao se compreender o Art. 1º, §1º da Lei de Anistia de 1979 como uma Anistia a todos os agentes públicos que cometeram crimes de lesa-humanidade, estar-se-ia ferindo o princípio da isonomia, já que no § 2º os perseguidos políticos condenados pela prática dos chamados “crimes de sangue” (incluídos aí o seqüestro e o assalto) não teriam direito à Anistia.

Registre-se que essa excepcionalidade é anômala em relação ao próprio conceito de Anistia defendido pelos magistrados do STF, que não se cansaram de lembrar que a Anistia é objetiva, isto é, ela se volta para os atos considerados criminosos e não para os sujeitos que os praticaram. Ao menos no que toca ao grupo de perseguidos políticos condenados pela prática dos crimes indicados no §2º, a Anistia, ou para ser mais exato a ausência dela, não teve nada de “objetiva”. Por mais que os seus atos se enquadrassem no que o governo ditatorial considerava crime político, a alegada “objetividade” não os socorreu<sup>28</sup>. Temos aqui um claro exemplo de que, quando convém, os conceitos imutáveis e “científicos” da dogmática jurídica são afastados ou afirmados<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Muitos brasileiros e brasileiras condenados nesta situação continuaram presos até o final do ano de 1979. Curiosamente, o grupo de guerrilheiros presos que contribuiu de forma decisiva para mobilizar a sociedade brasileira em prol da Anistia não foi Anistiado. Trata-se dos presos políticos que fizeram greve de fome Foram libertados mediante um artifício do Superior Tribunal Militar, que decidiu diminuir a pena e também mediante os indultos de João Baptista Figueiredo. Importante registrar, porém, que mesmo fora da cadeia, muitos permaneceram em liberdade condicional durante a primeira metade da década de 80.

<sup>29</sup> O mesmo aconteceu com a discussão sobre a “conexão criminal”. Quando foi conveniente, os princípios e conceitos do direito penal foram convocados pelos juízes para negar o costume internacional como fonte de direito e para repudiar a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade cometidos pela ditadura. Contudo, quando foi o momento de aplicar o conceito técnico de conexão no âmbito criminal, a resposta dada, entre outros, pelo Ministro relator foi a de que aqui não se estaria a tratar da conexão criminal, mas sim de uma *conexão sui generis*, ou nas palavras do Ministro Marco Aurélio, “tivemos uma definição toda própria da conexão criminal”.

De um lado, os perpetradores de crimes de lesa-humanidade receberam, segundo a interpretação atacada pela inicial da ADPF 153, Anistia geral, total e prévia (antes que os seus crimes pudessem ser apurados na via adequada para isto: o julgamento penal). De outro lado, os opositores do regime ditatorial obtiveram uma Anistia mutilada e incompleta, tendo já sofrido toda sorte de processamento penal (agravado pela sua inserção na esfera judicial militar), sevícias e violências físicas, morais e jurídicas. Mesmo assim, o Ministro Eros Grau simplesmente descartou o ataque ao princípio da isonomia, afirmando que na ação não se discute o Art. 1º, §2º e sim o §1º, e que os crimes políticos são mesmo muito diferentes dos crimes conexos, logo, tortuosamente conclui o relator, como crimes desiguais receberam tratamento igual, a lei também poderia tranquilamente, sem ferir o princípio da isonomia, não anistiar alguns crimes<sup>30</sup>.

Ora, esqueceu-se Eros Grau de que a desigualdade contrária ao princípio da isonomia, alegada pelos autores da ação, não é a desigualdade entre os crimes praticados, mas sim entre as pessoas que foram condenadas e as que ainda não haviam sido. A desigualdade está no fato de que a “objetividade” serve para alguns sujeitos e para outros não. Ademais, desqualificar a alusão ao Art.1º, §2º como argumento de que o objeto da ação é o §1º é desconhecer que o sentido de um artigo não se esclarece por si só, devendo ser confrontado, entre outros aspectos, com os outros elementos do ordenamento jurídico, especialmente os artigos da mesma lei e os princípios abrigados na Constituição, base de todo o sistema.

Todavia, caso Eros Grau admitisse que a Lei 6683/79 fere o princípio da isonomia ele não poderia ter dado início à seqüência de votos que primaram pela idéia de uma proporcionalidade inexistente, de um “acordo” que é tão frágil como o simulacro de legalidade instaurado a partir dos Atos Institucionais. Disse textualmente o Ministro relator:

Romper com a boa-fé dos atores sociais e os anseios das diversas classes e instituições políticas do final dos anos 70, que em conjunto

---

<sup>30</sup>Pág. 19 do voto de Eros Grau.

pugnaram (...) por uma Lei de Anistia ampla, geral e irrestrita significa também prejudicar o acesso à verdade histórica<sup>31</sup>.

Com estas palavras de Eros Grau a Suprema Corte brasileira iniciou o que se pode chamar de *grande perversão da bandeira da Anistia no Brasil*, pois os presos políticos, os exilados, os Comitês Brasileiros de Anistia, largos setores artísticos e intelectuais do país, instituições apoiadoras como a OAB, a CNBB, a ABI, o IAB e o MDB, entre outras, jamais desfraldaram a bandeira da “Anistia ampla, geral e irrestrita” com o intuito de defender a impunidade dos agentes da repressão<sup>32</sup>. O foco da expressão sempre esteve voltado para a situação daqueles que se encontravam presos e condenados. Tal foco, aliás, revelou-se bem apropriado, pois foram justamente estes os que não foram alcançados pela Anistia.

A idéia do “acordo” e o conseqüente pressuposto de que as partes que “negociaram” possuíam igualdade suficiente para um equilíbrio de forças

---

<sup>31</sup> Pág. 21 do voto de Eros Grau.

<sup>32</sup> Em seu voto, a própria Ministra Carmem Lúcia reconhece isto ao dizer que a Anistia aos torturadores e a restrição da Anistia para os condenados por crimes de sangue não era o que a OAB queria e nem a sociedade brasileira (pág. 5 do voto de Carmem Lúcia), aduzindo, ainda, mais adiante, que a Anistia aos torturadores não é justa e desafia o respeito integral aos Direitos Humanos (pág. 14). Tal fato, porém, parece não ter sensibilizado a Ministra na sua decisão, pois, conforme escreve, o Judiciário nada pode fazer diante do que estabeleceu o Legislativo, e poder-se-ia completar: mesmo que a lei viole os Direitos Humanos e, portanto, os mais caros princípios constitucionais, consubstanciados exatamente nas garantias e direitos fundamentais. Afinal, arremata a magistrada: “O direito realiza o que precisa ser realizado num determinado momento histórico, buscando-se - em termos de legitimidade política – o que seja necessário para se chegar ao justo, em termos de paz social” (pág.14). Após esta frase de efeito, algumas perguntas ficam no ar: O que é “o direito que realiza”? O que é que “precisa ser realizado”? O que é “legitimidade política”? O que é “justo”? O que é “paz social”? Ao lermos o Ato Institucional Nº1 da ditadura civil-militar brasileira veremos que há uma resposta toda peculiar para cada uma dessas perguntas. Para a ditadura militar o direito não se identifica com a Constituição violada pelo golpe e nem com o respeito ao mandato do Presidente da República, eleito pelo voto popular. No AI-1 está escrito que “a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma”, e mais adiante, que “fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Êste é que recebe dêste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a tôdas as revoluções, a sua legitimação”. Vê-se, portanto, o tipo de direito que realiza e o que precisa ser realizado: o golpe. A “legitimação política” foi aquela imposta pelas armas e manifestada pelos mais diferentes setores da elite reacionária do país. O “justo” é apresentado como a vontade da “Nação”, conceito elástico que comportou em si, durante a ditadura, a vontade daqueles que impuseram à custa de muita violência e de massiva restrição de direitos fundamentais, um Estado de força, muito longe de ser um Estado de Direito. E, por fim, a “paz social” foi apresentada como algo a ser alcançado assim que os “inimigos da pátria” e “subversivos” fossem neutralizados.

perpassou as falas dos magistrados que indeferiram a ação. Gilmar Mendes<sup>33</sup>, invocando o constitucionalismo português, fez referência ao modelo compromissário adotado pela Constituição Federal de 1988, contudo, quis inserir na idéia de compromisso normas que vieram antes da Constituição: a Emenda Constitucional Nº 26/85 e a própria Lei de Anistia de 1979. Aproveitou também para fazer uma crítica velada à atuação do Juiz espanhol Baltazar Garzon, tornado célebre por ter exercido a jurisdição universal<sup>34</sup> para levar o ditador chileno Augusto Pinochet a julgamento<sup>35</sup>. Gilmar Mendes insinuou que Garzon, ao querer investigar os crimes da ditadura franquista, violou o “compromisso” que a sociedade espanhola teria feito para não realizar qualquer investigação, e por isto estava sendo processado por prevaricação<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Até a conclusão deste artigo, o voto do Ministro Gilmar Mendes não havia sido publicado, mas está disponível através de vídeo no sítio eletrônico do *you tube*. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=gbtckYWuO7c>.

<sup>34</sup> Na definição de Garapon, a Jurisdição Universal “confere a um Estado a possibilidade – por vezes a obrigação – de proceder judicialmente contra qualquer pessoa suspeita de crimes particularmente graves que atentem contra a consciência da humanidade, mesmo na ausência de critérios tradicionais de pertença territorial. Os tribunais nacionais podem julgar crimes cometidos fora do seu território, mesmo que nem o autor presumido nem a vítima sejam nacionais desse Estado” (GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar** – para uma justiça internacional. Tradução de Pedro Henriques. Lisboa: Piaget, 2004. p.32).

<sup>35</sup> Muito embora Garzón não tenha conseguido junto aos lordes britânicos a extradição de Pinochet para ser julgado na Espanha, a sua atitude deflagrou um processo interno no Chile que culminou com a suspensão da imunidade vitalícia de Augusto Pinochet em junho de 2000. Ainda que antes da sua morte, Pinochet tenha conseguido a suspensão dos processos contra ele devido ao seu estado de saúde debilitado, muitos dirigentes e agentes do regime ainda continuam sendo julgados e condenados no Chile. A Espanha, juntamente com o Brasil, é um dos países que mais dificuldade tem em confrontar suas ditaduras recentes. Ainda se sabe muito pouco sobre as atrocidades cometidas pela ditadura franquista.

<sup>36</sup> Ainda em relação ao “acordo” Gilmar Mendes, assim como Eros Grau, citou Raymundo Faoro como sendo um dos seus protagonistas. O jornalista Mino Carta, em Editorial escrito para a Revista Carta Capital, afastou terminantemente esta possibilidade. Escreveu Mino Carta: “Em entrevista publicada a 21 de fevereiro de 1979 por IstoÉ, que eu então dirigia, Raymundo dizia que a chave do entendimento da Anistia prometida teria de ser buscada no discurso pronunciado por Ernesto Geisel, ao anunciar o fim do AI-5, por ser este ‘um impedimento ao desenvolvimento’. ‘Pode ser surpreendente – acrescentava –, mas é uma chave dialética, a mesma abertura que seria há tempos empecilho agora é favorecimento (...), mas a dialética de Geisel tem um limite, a nossa não tem. É uma dialética de Estado-Maior (...) a primeira marca deste sistema é que se trata, em primeiro lugar, de um sistema imposto, e comandado sempre do alto, de transformações controladas’.

E logo adiante: ‘Tentou-se, por intermédio da coerção, fazer-se o consenso (...) é neste contexto que entra o conceito de conciliação, conceito que, na verdade, não envolve qualquer compromisso (...) a abertura não é o processo que desejávamos (...) a Anistia não pode ser restrita da maneira que se pretende’. Em ensaio também publicado por IstoÉ, no final de junho de 79, Raymundo reforçava estes conceitos, para constatar, em abril do ano seguinte, sete meses depois da promulgação da lei,



A Ministra Ellen Gracie<sup>37</sup> em seu voto limitou-se a estatuir que a desqualificação da existência do “acordo” é um argumento político e não jurídico. Cezar Peluso<sup>38</sup>, então presidente da Corte, afirmou que a norma da Anistia, entendida como Anistia aos torturadores, não fere o princípio da igualdade, pois os crimes que foram praticados se deram em um contexto de luta pelo poder, logo haveria crimes para “ambos os lados”. E arremata: “É a mesma situação histórica e terá que receber um tratamento igual”. A Ministra Carmem Lúcia afirmou que houve o “pacto”, no qual “a sociedade falou altissonante”, não sendo um “debate de poucos”, e citou a participação da OAB, do MDB, da CNBB, dos CBA’s e do IAB<sup>39</sup>. O decano Celso de Mello assinalou que o “acordo” foi amplo e viabilizou, pela sua bilateralidade, o “necessário consenso”<sup>40</sup>. Eros Grau acrescentou ainda, às suas já citadas manifestações sobre o tema que a transição da ditadura para a democracia política foi uma “transição conciliada, suave em razão de certos compromissos.” Em seguida afirma que se o “acordo” fosse negado a transição poderia ter sido adiada e feita com violência, e, como afirmou o Ministro, todos estavam fartos de tanta violência<sup>41</sup>.

As simplificações desvirtuadoras de uma compreensão histórica mais consistente praticadas pelos magistrados acima mencionados demonstram que o problema não é, ao contrário do apontado pelo Ministro Ayres Britto, a

---

que a Anistia era dolorosamente restrita. Quanto ao conceito da conciliação, ele nunca deixou de ser taxativo. Ainda nos começos de 79 ele o definia como ‘oligárquico e seletivo’. Explicava: ‘Não envolve compromisso algum com forças dissidentes porque é um projeto constituído num grupo fechado que se alarga um pouco mais. E se alarga não só, agora, por meio da coerção ideológica, sempre encoberta, mas com outro instrumento (...) chamado cooptação, que é igualmente autoritário’.

Conciliação, coerção, cooptação. Permitem qualquer semelhança, por mais vaga, com negociação equilibrada entre oponentes? Existe algo mais lamentável, e vergonhoso, do que tentar reescrever a história ao evocar o testemunho de quem esteve do lado oposto?” (CARTA, Mino. A lição do profeta. **Carta Capital**. São Paulo, 07 maio 2010. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/app/materia.jsp?a=2&a2=8&i=6642> . Acesso em 28 de junho de 2010).

<sup>37</sup> Até a conclusão deste artigo, o voto da Ministra Ellen Gracie não havia sido publicado, mas está disponível através de vídeo no sítio eletrônico do *you tube*. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=gbtckYWuO7c> . Acesso em 28 de junho de 2010.

<sup>38</sup> Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=bK2Hpfnk2Qg> . Acesso em 28 de junho de 2010.

<sup>39</sup> Pág. 4 do voto de Carmem Lúcia.

<sup>40</sup> Pág. 17 do voto de Celso de Mello.

<sup>41</sup> Págs. 57-58 do voto de Eros Grau.

utilização do elemento histórico de interpretação, mas sim a apresentação de uma compreensão histórica fracamente estruturada e que não resiste a um exame mais qualificado do que foi até hoje produzido sobre o contexto que cercou a edição da Lei de Anistia de 1979.

Procurando construir nos breves limites deste artigo, um contraponto à compreensão histórica manifestada pelos julgadores já mencionados, é preciso repudiar fortemente a idéia de que o período de abertura “lenta e gradual”, comandado pelo ditador Ernesto Geisel representou um manso ou “suave” abrandamento do regime ditatorial. Do mesmo modo, é imperioso mostrar que não houve, de fato, nenhum acordo real em torno da Lei de Anistia de 1979, e, por fim, era do interesse do próprio regime ditatorial promover a Anistia naquele contexto.

É bem verdade que no ano de 1974 iniciou-se um processo que iria evidenciar de modo crescente a insatisfação social com a continuidade do regime de força. Nas eleições ocorridas neste ano a vitória do MDB, o partido de oposição controlada, foi assaz expressiva, o que se deu, entre outros fatores, pelo forte envolvimento do clandestino Partido Comunista Brasileiro. Naquele momento quase todas as organizações que opuseram resistência armada ao regime ditatorial haviam sido massacradas<sup>42</sup>.

Além da vitória eleitoral, no ano de 1975 é desencadeada a campanha pela Anistia, com o lançamento do Manifesto da Mulher Brasileira pelo Movimento Feminino pela Anistia<sup>43</sup>. Este movimento começa forte em São

---

<sup>42</sup> Esclarece Jacob Gorender que quando “o general Ernesto Geisel tomou posse da Presidência da República em março de 1974, a guerrilha urbana se extinguiu e a guerrilha do Araguaia agonizava” (GORENDER, Jacob. **Combate nas trevas** – a esquerda brasileira: das ilusões perdidas à luta armada. 2.ed. São Paulo: Ática, 1987. p.232).

<sup>43</sup> De um modo geral, toma-se neste artigo o magnífico trabalho de doutorado produzido por Heloísa Amélia Greco (GRECO, Heloísa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela Anistia**. 2009. 456f. [Tese de Doutorado] – Curso de Pós-Graduação das Faculdades de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2009) como guia na contextualização histórica do processo de Anistia brasileiro em 1979. Igualmente, outros dois importantes trabalhos a serem referidos aqui como balizas é a dissertação de mestrado de Glenda Mezarobba (MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro: a Anistia e suas conseqüências: um estudo do caso brasileiro**. São Paulo: Associação Editorial Humanitas; FAPESP, 2006) e a pesquisa de Carla Simone Rodeguero (RODEGUERO, Carla Simone; DIENSTMANN, Gabriel; TRINDADE, Tatiana. **Anistia ampla, geral e irrestrita: história**

Paulo, conduzido por D. Terezinha Zerbini, e, de São Paulo, espalha-se por todo o país. Surge também com vigor a mobilização sindical capitaneada pelos operários e metalúrgicos do ABCD paulista. A União Nacional dos Estudantes e as Uniões Estaduais dos Estudantes são recriadas. E, em 1978, criam-se os Comitês Brasileiros de Anistia<sup>44</sup>, que tiveram atuação decisiva na mobilização da opinião pública em prol da libertação dos presos políticos e do retorno dos exilados.

A esta altura, como já foi registrado, a resistência armada havia sido brutalmente eliminada. A repressão passou então a mirar preferencialmente nos setores de resistência não armados, especialmente o Partido Comunista Brasileiro e o que havia sobrado do PCdoB após a Guerrilha do Araguaia, desarticulando completamente sua alta direção, prendendo e assassinando seus membros. O episódio mais emblemático dessa perseguição ficou conhecido como o “massacre da Lapa”, ocorrido em dezembro de 1976, na cidade de São Paulo. Agentes do Exército assassinaram três dirigentes do Partido: João Baptista Franco Drummond, Ângelo Arroyo e Pedro Pomar. Outros seis militantes foram presos, cinco deles torturados sistematicamente durante semanas<sup>45</sup>. Ao longo do ano de 1975, em todo o país, o então Ministro da Justiça, Armando Falcão deflagrou uma verdadeira caça aos comunistas. Dez dirigentes do PCB que caíram nessa ofensiva, inclusive, integram a lista de desaparecidos políticos brasileiros, como é o caso de David Capistrano da Costa.

Diante desse contexto histórico de eliminação violenta da resistência armada, fica completamente sem sentido a afirmação de Eros Grau em seu voto condutor de que se o “acordo” não houvesse acontecido, poderíamos ter uma transição mais tardia e com violência. Na verdade, a transição aconteceu sim

---

de uma luta inconclusa. 2010. 253f. [Pesquisa Acadêmica]. Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Porto Alegre, 2010).

<sup>44</sup> GRECO, op.cit., p.52.

<sup>45</sup>Para mais detalhes sobre o episódio ver: POMAR, Pedro Estevam da Rocha. **Massacre na Lapa: como o Exército liquidou o Comitê Central do PCdoB – São Paulo, 1976**. 3.ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

com muita violência, exercida pelo governo ditatorial, sem que houvesse mais nenhuma possibilidade de se resistir pelas armas a esta violência.

De 1977 a 1981, registra Heloísa Greco, aconteceram cerca de 100 atentados por todo o país, sem que tenha havido qualquer apuração de responsabilidades<sup>46</sup>. Os episódios que ficaram mais conhecidos foram a bomba que vitimou a secretária da OAB, Lyda Monteiro da Silva, em agosto de 1980 e a bomba no Riocentro, em abril de 1981. Durante o governo ditatorial de João Batista Figueiredo bancas de jornal eram incendiadas para impedir a circulação das publicações de esquerda.

O terrorismo de Estado também continuava ativo nos assassinatos do jornalista Vladimir Herzog e Manoel Fiel Filho nas dependências do DOI/CODI em São Paulo. Denúncias de torturas de operários e militantes tornam-se conhecidas<sup>47</sup>. No final de 1978 acontece em Porto Alegre o célebre seqüestro dos uruguaio Lilian Celiberti e Universindo Dias<sup>48</sup>, no contexto da Operação Condor<sup>49</sup>.

A tentativa de realizar o III Encontro Nacional de Estudantes em Belo Horizonte, em junho de 1977 e a sua realização clandestina na PUC-SP são violentamente reprimidas em uma operação comandada pelo Secretário de Segurança Antonio Erasmo Dias.

Vê-se, portanto, que o ambiente estava longe de ser “suave” ou propenso a acordos nos quais pudesse haver um mínimo de igualdade e proporção entre as partes. De todos os elementos brevemente descritos nessa contextualização

---

<sup>46</sup> GRECO, op.cit., p.53.

<sup>47</sup> GORENDER, op.cit., p.233.

<sup>48</sup> Ver o minucioso relato de Luiz Cláudio Cunha, o jornalista responsável pela denúncia do seqüestro: CUNHA, Luiz Cláudio. **Operação Condor**: O seqüestro dos uruguaio – uma reportagem dos tempos da ditadura. Porto Alegre: L&PM, 2008.

<sup>49</sup> Em outro artigo, se faz referência sucinta à Operação Condor: “Os governos ditatoriais latino-americanos nesse período possuíam polícias políticas e uma verdadeira rede de informações e operações conjuntas destinadas a prender e eliminar qualquer um que fosse suspeito de ser integrante da resistência ao regime de exceção. A conhecida Operação Condor, idealizada pelo Coronel Manuel Contreras, chefe da DINA (a polícia política de Pinochet), estendeu seus tentáculos por todo o continente, prendendo, matando e seqüestrando pessoas à revelia das fronteiras e dos sistemas jurídicos” (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: RUIZ, Castor Bartolomé (org.). **Justiça e memória**: por uma crítica ética da violência. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p.124-125).

do período no qual surge a Lei de Anistia, o mais importante para evidenciar o equívoco dos argumentos expendidos pelos juízes do STF é o que cerca a atuação do Poder Legislativo, a ser na sequência melhor detalhado.

Como já assinalado, as eleições de 1974 manifestaram uma expressiva vitória do MDB<sup>50</sup>. Isto trouxe um grande enigma à ditadura Geisel, que pode ser resumido na singela pergunta: como ganhar as próximas eleições<sup>51</sup>? A “solução” encontrada foi fazer uso dos poderes ilimitados concedidos pelo AI-5. Em janeiro de 1976, Geisel utilizou o AI-5 para cassar os mandatos de dois deputados estaduais paulistas acusados de terem recebido apoio de comunistas. Em seguida, foi a vez de três deputados federais, e entre eles o deputado Lysâneas Maciel do MDB.

Mas nada disto se compara ao que ocorreu em 01 de abril de 1977. O ditador Geisel simplesmente impõe uma Emenda Constitucional através do AI-5 pela qual o Congresso é fechado. O pretexto que utilizou para isto foi a oposição do MDB a um projeto de reforma judiciária patrocinado pelo governo. O MDB alegava que não fazia o menor sentido a reforma sem a revogação do AI-5 e da Lei de Segurança Nacional<sup>52</sup>. Assim, fazendo uso do AI-5, Geisel baixou o que ficou conhecido como o “pacote de Abril”.

O pacote consistiu em uma série de reformas constitucionais no campo eleitoral com o indisfarçado objetivo de tornar a ARENA, partido de suporte da ditadura militar, imbatível nas próximas eleições, a saber: passa a ser exigida apenas a maioria simples; todos os governadores e um terço dos senadores seriam escolhidos indiretamente, nas eleições de 1978, por colégios eleitorais estaduais que incluíam os vereadores, o que bastava para assegurar com folga a vitória da Arena nestes colegiados; os deputados federais teriam o seu número

---

<sup>50</sup> Segundo Skidmore, ao criar uma atmosfera menos rigorosa para a atuação da imprensa, Geisel contribuiu para o aumento da tendência de mobilização da opinião pública contra o regime ditatorial. “Geisel estava ajudando a sociedade civil a despertar novamente, mas não estava preparado para ouvir o que a voz da sociedade tinha para dizer” (SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo a Tancredo, 1964-1985*. Tradução de Mario Salviano Silva. 8.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p.369).

<sup>51</sup> Como explica Skidmore, o grande temor de Geisel eram as eleições para governadores em 1978, que seriam, em princípio, diretas e que provavelmente seriam ganhas de modo maciço pelo MDB (*Ibidem.*, p. 372-373).

<sup>52</sup> *Ibidem.*, p.373.

demarcado com base na população e não no total dos eleitores registrados, o que na prática aumentava o número de parlamentares relacionados às regiões do país nas quais o apoio à ditadura era maior.

Como “cereja do bolo” o pacote incluiu também a criação de um sistema de justiça interno às Polícias Militares, antes vinculadas à esfera civil dos governos estaduais. Com isto, a atuação dessas polícias ficou imune ao controle jurisdicional civil. Por fim, acresça-se a tudo isto a existência, desde 1976, da chamada Lei Falcão, que restringia o acesso ao rádio e a televisão dos candidatos. Permitia-se apenas a imagem sem som do candidato<sup>53</sup>.

Após esta súbita e autoritária mudança das regras do jogo, Geisel “reabre” o Congresso no dia 15 de abril. Contudo, já em maio do mesmo ano, a censura é estendida a todas as publicações importadas, e em junho o mandato do líder do MDB na Câmara, Alencar Furtado, é cassado e o deputado é privado por dez anos dos seus direitos políticos<sup>54</sup>. Como conclui Heloísa Greco em sua análise, “o efeito principal destas iniciativas é a garantia de fluidez na tramitação dos decretos-leis e das emendas constitucionais, o que permitiria ao governo prescindir da edição de novos atos institucionais”<sup>55</sup>.

Após essas salvaguardas é que em outubro de 1978 a Emenda Constitucional 11 declara extintos os Atos Institucionais. Por outro lado, o estado de sítio é incorporado à Constituição e, da tranquilidade de um Congresso manietado e desfigurado, no qual nunca passaria qualquer projeto contrário à vontade do governo ditatorial, surge a nova Lei de Segurança Nacional (LSN), promulgada em 17 de dezembro de 1978.

Compensando a desaparecimento dos Atos Institucionais, a nova LSN, entre outras proezas, atribui poderes quase ilimitados ao Ministro da Justiça para censurar todo e qualquer material que seja considerado ofensivo à segurança nacional (art.50); responsabilização criminal de jovens de 16 anos (art.4); a

---

<sup>53</sup> Esta lei foi solicitada pelo governo ditatorial ao Congresso de 1976. A estratégia do MDB, naquele momento, era parecer ponderado aos olhos da ditadura para que assim as eleições de 1978 ocorressem conforme o previsto, na relativa convicção de uma vitória nas urnas populares (*Ibidem.*, p.370-374).

<sup>54</sup> *Ibidem*, p.374.

<sup>55</sup> GRECO, pág.59.

instituição da figura da “comunicação reservada ao juiz”, pela qual se permite a continuidade da incomunicabilidade e das prisões clandestinas (art.53); criminalização de qualquer tipo de vínculo com instituições estrangeiras consideradas ameaçadoras à segurança nacional (art.12); proibição de divulgar fato ou notícia que possa, de algum modo, “indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas” (art.14)<sup>56</sup>.

Observa Heloísa Greco que este esquema todo “proporciona ao general Geisel dispositivos legais, burocráticos e militares de tal ordem, que ele passa a se qualificar como aquele que logrou a maior concentração de poderes entre todos os generais-presidentes do período da ditadura militar”<sup>57</sup>.

Nunca é demais destacar que a máquina de moer dissidentes políticos continuava em funcionamento, bem estruturada, e a Doutrina de Segurança Nacional (DSN) continuava a conduzir os destinos políticos predominantes do país. Basta dizer que todo esse processo de distensão fazia parte de um plano engendrado pelo cérebro da DSN: Golbery do Couto e Silva. A Anistia, inclusive, fazia parte desse planejamento, assim como a abertura ao pluripartidarismo. A intenção era manter intactos os princípios e diretrizes da DSN em um ambiente político razoavelmente “democrático”. O pluripartidarismo, ademais, poderia servir para desarticular o MDB, partido que havia ameaçado a hegemonia da ARENA nas eleições de 1974<sup>58</sup>.

Por todo o exposto, pode-se notar claramente que o ambiente no qual se deu a proposição e a votação da lei de Anistia em 1979 estava longe de ser manso e propenso a um “suave compromisso”. A violência continuava em ação, as prisões arbitrárias e clandestinas, a tortura, as cassações políticas e a censura. As regras do jogo legislativo haviam sido mudadas bruscamente, de maneira ilegítima e manipulada para que os resultados das votações que interessavam à ditadura fossem sempre ao seu favor, como aconteceu visivelmente na votação da lei de Anistia em 1979. Apesar disso, a Ministra Ellen Gracie afirmou em seu voto na ADPF 153 que não se poderia desqualificar o

---

<sup>56</sup> *Ibidem.*, p.60-61.

<sup>57</sup> *Ibidem.*, p.61-62

<sup>58</sup> SKIDMORE, op.cit., p.427.

Congresso da época. É quase como se dissesse que não se poderia desqualificar o fechamento do Congresso Nacional e o pacote de abril em 1977, afinal fora este o responsável pela configuração do Congresso Nacional em 1979.

Ao se examinar todo o processo de votação e promulgação da lei de Anistia é que se pode ter noção mais cabal da inexistência de um acordo que mereça este nome. Apesar de toda a mobilização social em prol da Anistia, o governo Figueiredo agiu, desde o início como se não existisse nenhum outro interlocutor além dos setores ligados à própria ditadura. Quando o ditador Figueiredo encaminha para o Congresso o Projeto de Lei da Anistia (PL 14/1979) em 27 de junho de 1979, realiza concomitantemente uma grande cerimônia transmitida em cadeia nacional, e na qual inclusive chora. Tudo parece ser uma concessão magnânima do governo, ou como batizou o Ministro Celso de Mello em seu voto na ADPF 153 uma “medida excepcional fundada na indulgência soberana do Estado”<sup>59</sup>, ou ainda, como registrou o Ministro Marco Aurélio no mesmo julgamento, “um ato de amor”.

Toda essa “generosidade”, porém, não impediu que fosse bloqueada a participação de qualquer outro ator institucional, inclusive dos próprios parlamentares da ARENA, na elaboração do projeto<sup>60</sup>. Tamanho desprendimento, igualmente, não logrou incluir na Anistia aqueles que foram condenados por terem participado diretamente da resistência armada<sup>61</sup>, como já se registrou acima<sup>62</sup> e também esteve presente no veto final do presidente à

---

<sup>59</sup> Pág. 12 do voto de Celso de Mello.

<sup>60</sup> GRECO, op.cit., p.231-232. O projeto foi elaborado pelo Ministro-Chefe da Casa Civil, Golbery do Couto e Silva, pelo Chefe do SNI, Octávio Aguiar de Medeiros, pelo Chefe do Gabinete Militar, Danilo Venturini e pelo Secretário Particular do Presidente, Heitor Ferreira (MEZAROBBA, op.cit., p.38).

<sup>61</sup> Embora muitos tivessem sido indultados no final daquele mesmo ano e outros tivessem a sua pena reduzida pelo Superior Tribunal Militar, o fato é que ficaram de fora da Anistia, o que na prática significou que muitos saíram da cadeia em liberdade condicional, tendo que se apresentar periodicamente às autoridades constituídas e não podendo se ausentar inclusive do próprio estado no qual se encontravam.

<sup>62</sup> Curioso é que a justificativa apresentada para excluir os condenados da Anistia é que os “terroristas” teriam se envolvido em ações que não seriam simplesmente contra o regime, mas sim “contra a humanidade” (*Ibidem.*, p.39). Como se verá mais adiante, a definição consagrada no direito internacional para “crimes contra a humanidade” não abriga atos de resistência diante da tirania, mas sim atos que se dão em meio a uma política de sistemática eliminação de parcela



expressão “e outros dispositivos legais” que constava no *caput* do Art.1º da Lei, mantendo apenas a Anistia para os punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Isto afastou da Anistia, por exemplo, todos os professores demitidos e os alunos expulsos pelo Decreto Lei 477/69.

Por fim, a “generosidade” foi tão vasta que se encarregou de inserir na lei uma definição ambígua e obscura da expressão “crimes conexos”, ou no dizer de alguns dos julgadores do STF na ADPF 153, uma “interpretação autêntica” do próprio *caput* do art.1º feita no § 1º do mesmo artigo. Foi uma forma engenhosa de garantir a impunidade dos criminosos de Estado sem ao mesmo tempo admitir que os mandantes e os agentes do governo ditatorial tenham cometido tortura, assassinato, desaparecimento e outras vilanias flagrantemente ilegais até para o simulacro de legalidade da ditadura. A interpretação esdrúxula, sacramentada pelo Supremo Tribunal Federal foi “enfiada goela abaixo” da sociedade brasileira, dos juízes, parlamentares e juristas de um modo geral, em uma época que, como o próprio Pertence em seu parecer reconhece, qualquer possibilidade de excluir expressamente os torturadores da Anistia era inegociável pelo governo. Não há outra palavra para descrever tal medida senão a palavra “auto-Anistia”.

O projeto de lei, assim delineado, foi enviado para o Congresso, onde foi formada uma Comissão Mista para a sua análise. Apesar da surpreendente presidência da Comissão Mista exercida por Teotônio Vilela, com visitas aos presídios e declarações favoráveis aos presos políticos, a Comissão já havia sido montada com uma folgada maioria da ARENA sobre o MDB: 13 contra 9, sendo que um destes 9 só votava em caso de necessidade de desempate, visto que era o presidente da Comissão Mista. Durante o período em que a Comissão funcionou todas as tentativas de polemizar e discutir, empreendidas pelos membros filiados ao MDB, foram sucessivamente ignoradas pela maioria arenista, o que se evidenciou por fim no substitutivo do relator Ernani Satyro (sem dúvida, uma verdadeira *sátira* aos processos verdadeiramente

---

da população civil, que no caso da ditadura civil-militar brasileira era deflagrada pelo regime contra todos os que coubessem nos contornos frouxos da categoria “subversivo”.

democráticos), da ARENA: uma reprodução fiel do projeto enviado pelo governo, com a exceção de ter ampliado o prazo da Anistia de 28 de dezembro de 1978 para 27 de junho de 1979<sup>63</sup>.

A esta altura é importante registrar que o verdadeiro protagonismo na bandeira da Anistia ampla, geral e irrestrita esteve com os movimentos populares pela Anistia. Contudo, suas reivindicações não podiam ter outro canal senão a oposição consentida naquele momento, ou seja o MDB. Este, por sua vez, revelava-se muitas vezes um verdadeiro campo minado, já que muitos dos seus parlamentares haviam sido cassados e outros apresentavam uma posição moderada, insuficiente para dar vazão a todas as questões desejadas pelos movimentos de Anistia brasileiros<sup>64</sup>. A questão da Anistia transformou-se realmente em um fato de conhecimento massivo da população quando ela foi abraçada por autoridades como Teotônio Vilela e por instituições admitidas pelo governo como a OAB, a ABI, e a CNBB. Por esse ângulo também se percebe o equívoco dos Ministros do STF quando afirmam que a sociedade atuou ativamente em prol do “acordo”, ou para usar a expressão da Ministra Carmem Lúcia, “falou altissonante”.

Antes da Comissão Mista ter aprovado o substitutivo de Satyro, formou-se uma Frente Parlamentar pela Anistia, apoiada tanto pelos CBA's como pelos presos políticos, no sentido de elaborar um substitutivo do MDB para confrontar o projeto do governo<sup>65</sup>. Naquele momento, as chances, por mais improváveis que fossem, estavam em se formar uma forte coesão em torno desse substitutivo. Surgiu então a Emenda n.7 de 9 de agosto de 1979, assinada por

---

<sup>63</sup> GRECO, op.cit., p.236-239. Esclarece ainda a historiadora Heloísa Greco que “o substitutivo do relator incorpora *in totum* não só o espírito mas a própria letra do projeto do governo cujo princípio se mantém incólume, acolhendo parcialmente apenas emendas inócuas de redação, 67 de um total de 305. O resultado de todas as votações é o infalível 13 a 8, sempre a favor da ARENA, garantindo a rejeição de todas as emendas que poderiam afetar ou mesmo tangenciar o disposto no projeto de lei enviado ao Congresso Nacional pelo *presidente da República*” (grifos da autora).

<sup>64</sup> Por exemplo, nas manifestações parlamentares por ocasião da discussão da Lei de Anistia em 1979, muitos deputados do MDB utilizaram a palavra “terrorista” para se referir a quem se envolveu na resistência armada, e passaram a defender a anistia recíproca. Nenhuma das duas atitudes expressava o pensamento que estruturou a atuação dos CBA's, muito pelo contrário (RODEGUERO, DIENSTMANN e TRINDADE, op.cit., p.160-162).

<sup>65</sup> GRECO, op.cit., p.241.

Ulisses Guimarães (presidente do partido), Freitas Nobre (líder da minoria na Câmara) e Paulo Brossard (líder da minoria no Senado). Dalmo Dallari e José Paulo Sepúlveda Pertence participaram ativamente da sua redação. Entre os pontos altos do substitutivo do MDB estavam: a Anistia para todos os perseguidos políticos, inclusive para os condenados por participação na resistência armada; a rejeição explícita da Anistia recíproca, ainda que não mencionasse a apuração e a responsabilização pelos crimes de lesa-humanidade; a matrícula de estudantes punidos e a instauração de inquérito para apurar os desaparecimentos políticos.

O substitutivo foi assumido como fruto da decisão unânime do MDB tanto no Senado como na Câmara. Todavia, como já se registrou, prevaleceu o placar estático de 13 a 8, pelo substitutivo de Satyro. Para fazer frente a esta situação, a estratégia imaginada pelos movimentos pela Anistia era que o MDB, na ocasião das votações no Congresso, rejeitasse o projeto do governo e trabalhasse em um projeto substitutivo próprio que incorporasse as demandas dos movimentos. Contudo, muitos parlamentares do MDB entenderam que a batalha havia sido perdida na Comissão Mista e que o melhor que tinham a fazer agora era apoiar o projeto do governo que, bem ou mal, trazia vários benefícios, ainda que parciais.

No dia da votação da lei, dia 22 de agosto de 1979, cerca de 800 soldados à paisana estavam desde a madrugada ocupando quase a totalidade dos lugares nas galerias. Os militantes pela Anistia, contudo, não esmoreceram e, finalmente, por volta das 14h, depois de muito protesto e gritaria, conseguiram que os soldados saíssem das galerias. A segurança reforçada no ambiente coibia a todo o instante as manifestações dos militantes, apreendendo faixas e cartazes. Na véspera, uma bomba havia explodido na rampa do Congresso durante uma manifestação em prol da Anistia ampla, geral e irrestrita. A ordem do Planalto era bem clara: o substitutivo de Satyro deveria ser votado na mesma forma que ele chegou ao Congresso Nacional, caso contrário Figueiredo vetaria toda a lei<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Ibidem, p.254.

Apesar de todo o cenário até aqui apresentado, o empenho dos movimentos pela Anistia surtiu um efeito importante: a aprovação do projeto do governo foi muito menos fácil do que se imaginava. Alguns parlamentares arenistas, inclusive, demonstravam claramente a intenção de rejeitar o substitutivo de Satyro. Explica Greco, citando fontes da imprensa da época, que tais parlamentares foram “chamados à responsabilidade” pelo líder do partido na Câmara, o deputado Nelson Marchesan, que inclusive lançou mão de um recurso regimental pelo qual os deputados que desrespeitassem as diretrizes partidárias poderiam perder o seu mandato<sup>67</sup>.

Após a votação, colheu-se o seguinte resultado: em votação preliminar, o substitutivo do MDB é derrotado por 209 votos a favor contra 194 desfavoráveis<sup>68</sup> (entre estes os votos de 12 arenistas dissidentes); a aprovação do substitutivo de Satyro ocorre em bloco, pela votação dos líderes dos dois partidos, ou seja, não foi nominal. Porém, houve a discordância silenciosa de 12 dos 26 senadores e a declaração de voto contrário de 29 dos 189 deputados do MDB. Tais manifestações não puderam ser formalizadas, pois, repita-se, a votação foi em bloco, sem votação nominal.

Este foi, portanto, o “acordo” no qual a sociedade “falou altissonante”. Não havia possibilidade de qualquer tipo de barganha ou jogo de influências que conseguisse afastar a intenção do governo de se auto-Anistiar ou de restringir a Anistia aos perseguidos políticos. Caso ocorresse a improvável conversão de um número maior de deputados arenistas, das duas uma: ou o senado biônico reverteria o resultado ou o ditador Figueiredo simplesmente vetaria o resultado na sua totalidade. Afinal, que acordo foi este?

Outro problema de se atribuir a Anistia de 1979 a um acordo é incorrer na falácia que perpassou, por exemplo, o voto do Ministro Cezar Peluso. Afirmou o magistrado que havia “dois lados”, que se vivia um contexto de “luta pelo poder”, e que, portanto, o princípio da isonomia não estaria sendo ferido. Tem-se aqui

---

<sup>67</sup> Ibidem, p.255.

<sup>68</sup> A Arena, graças ao pacote de abril de 1977, possuía a maioria numérica no Congresso. Eram 231 deputados da Arena contra 189 do MDB. Eram 41 senadores arenistas contra 26 emedebistas. Tal maioria era ainda fortalecida pelo recurso aos 22 senadores biônicos. Ou seja, qualquer “deslize” contrário aos interesses do governo ditatorial seria “sanado” no Senado.

mais uma versão da conhecida “teoria dos dois demônios”, segundo a qual as ditaduras se justificam em função de uma guerra entre duas facções políticas contrárias que disputam o mesmo poder. Para dar uma dimensão da “proporcionalidade” de forças, basta dizer que na Guerrilha do Araguaia esteve envolvido um contingente de 3.000 a 10.000 soldados, todos militarmente treinados e aparelhados de impressionante arsenal bélico, como tanques, lanchas, aviões e armas de todo o tipo naquela que ficou conhecida como a segunda maior operação militar do Brasil após a Segunda Guerra Mundial. Tudo isto para exterminar e transformar em desaparecidos políticos cerca de 75 guerrilheiros do PCdoB<sup>69</sup>.

A tentativa de descrever o massacre e a opressão de parcela da população civil pelo seu próprio Estado como sendo uma “guerra” não ocorreu (ocorre) apenas no Brasil. Ela foi uma tônica nas ditaduras latino-americanas e sempre se apresenta como um recurso usual para maquiagem o cometimento de “crimes contra a humanidade”. Compreender melhor este ponto, assim como o significativo atraso da decisão do STF em relação ao Direito Internacional Humanitário é o propósito do próximo item deste artigo.

#### **4. A Indiferença ao Direito Internacional Humanitário**

Eros Grau relacionou em seu voto um histórico das Anistias ocorridas no Brasil e também da jurisprudência do STF sobre o tema. Começa em 1900 e avança até a Anistia de 1979<sup>70</sup>. O claro intuito do juiz com tal recurso é dar a impressão de uma unicidade histórica tanto do perfil das Anistias ocorridas quanto da jurisprudência do Supremo sobre elas, enxergando na manutenção de uma mesma tendência política e jurisprudencial durante um século algum tipo de virtude. É espantoso, porém, que o surgimento dos chamados *crimes contra a humanidade* no segundo pós-guerra não tenha trazido ao Brasil nenhuma

---

<sup>69</sup> BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p.195.

<sup>70</sup> Págs. 34-43 do voto de Eros Grau.

influência na compreensão do conceito de Anistia, muito menos tenha sido referido ou mencionado em qualquer um dos votos dos Ministros e Ministras do STF. Eis as perguntas incômodas que a referência a tais tipos de crimes traria: É possível a Anistia para crimes contra a humanidade? Caso afirmativo, em quais circunstâncias?

A figura dos crimes contra a humanidade surge pela primeira vez no Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945, que institui o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e o torna competente para julgar crimes de guerra e crimes contra a humanidade. É muito importante a distinção entre estes dois tipos de crimes, pois será principalmente por este caminho que se poderá demonstrar a tibieza dos argumentos que descrevem a ditadura como uma guerra entre dois lados.

Sinalizar a existência de crimes de guerra pode nos levar a admitir a existência de uma guerra justa. Desde tempos imemoriais é possível identificar guerras que, deflagradas em nome de algum objetivo considerado justo e sagrado, eram justificadas e legitimadas, como foi o caso tanto das Cruzadas quanto das guerras coloniais que ocorreram no território americano, onde os indígenas eram massacrados “para o seu próprio bem”<sup>71</sup>. Contudo, mesmo sem aceitar que uma guerra possa ser classificada como justa<sup>72</sup>, pode-se reconhecer a importância da existência de um direito da guerra. Este direito, explicitado de modo pleno nas Convenções de Genebra, parte do pressuposto de que as mortes e violências causadas no cenário de uma batalha entre dois exércitos inimigos não se traduz em um crime de guerra. Tem-se aqui a pressuposição de

---

<sup>71</sup> Sobre a questão da guerra justa no contexto da invasão européia nas sociedades indígenas ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz (orgs.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado: Anuário 2007. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.243-270.

<sup>72</sup> É preciso fazer a distinção entre a “guerra justa” e o “direito de resistência”. A primeira impele a identificar um conflito armado internacional no qual quem promove a guerra se vê justificado em sua ação por algum propósito considerado justo ou sagrado. Já o direito de resistência foca-se mais na imperiosidade de se defender de uma agressão externa, e traz menos complicações na aceitação da sua legitimidade. É bem verdade que o contorno entre ambas as concepções pode se tornar tênue em muitos contextos, tornando-se palpável o risco de que o que era a princípio a defesa de uma agressão se transforme na promoção de uma agressão em nome de algum objetivo considerado superior.

um equilíbrio de armas entre os contendores. Ademais, para que a guerra não descambe para o crime de guerra ou para o crime contra a paz ela deva ter objetivos estratégicos definidos, como a conquista de um território, por exemplo.

Na medida em que o cenário da guerra sai do campo de batalha e se desloca para o cativado dos prisioneiros ali feitos, o equilíbrio que antes autorizava a violência contra o inimigo agora já não mais existe. Daí a necessidade de se estabelecer alguns limites que delineiam entre outras coisas a terminante vedação da tortura e o respeito aos direitos humanos mais básicos dos prisioneiros.

Se na guerra não criminosa pressupõe-se um forte equilíbrio entre as partes - uma reciprocidade - no crime contra a humanidade pressupõe-se um absoluto desequilíbrio – a ausência total de reciprocidade<sup>73</sup>, a negação da vítima como pessoa<sup>74</sup>, sua anulação completa seja pela tortura seja pela sua inclusão em um campo de concentração.

No campo não ocorre apenas a eliminação física dos internos, antes que isto ocorra eles são privados de sua identidade jurídica, perdendo a sua nacionalidade em muitos casos e ficando totalmente fora-da-lei e desprotegidos<sup>75</sup>. A existência ou não de culpa é totalmente irrelevante, visto que são inimigos objetivos, para os quais de nada valem os direitos humanos. Após a morte jurídica vem a morte moral. A própria escolha moral é eliminada, em uma passividade absoluta que imobiliza qualquer ação. No caso das torturas sistemáticas ocorridas durante as ditaduras do Cone Sul, a escolha moral era eliminada na medida da inevitabilidade da delação para muitos dos prisioneiros que foram torturados. Nestes casos, a pessoa trocava a interrupção da

---

<sup>73</sup> GARAPON, op.cit., p.107.

<sup>74</sup> Garapon afirma que o “crime contra a humanidade revela que pode haver coisa pior do que a morte. Já não se visa a submissão – finalidade da guerra – mas sim a desumanização: o crime contra a humanidade representa tanto um crime real – o assassinio do outro – como a sua supressão simbólica, isto é, a perda total da consideração por outrem” (Ibidem, p.109).

<sup>75</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo** - anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989. p.498. A este respeito são célebres as palavras de Hannah Arendt: “O conceito de direitos humanos (...) desmoronou no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com seres que haviam realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas – exceto que ainda eram humanos. O mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano” (Ibidem, p.333).

deterioração brutal de sua integridade física pela destruição da sua integridade moral.

O fato é que, como assinala Agamben, o campo passa a ser um novo padrão político que estrutura a civilização. Quando ele afirma que “tudo é campo”, aponta para a possibilidade de que o campo possa se instalar em qualquer lugar e em relação a qualquer pessoa<sup>76</sup>. Ou seja, até mesmo o fato de se possuir teoricamente alguns direitos não impede que a pessoa, uma vez inserida nesse espaço de exceção, seja tratada como se não tivesse “direito a ter direitos”. Os casos mais emblemáticos de aparição dessa “vida nua” são os apátridas, os refugiados, os internos dos campos de concentração e os prisioneiros dos porões ditatoriais. Contudo, sua aparição se dissemina visivelmente, na contemporaneidade, para outros espaços, nos quais os direitos e os atributos de nacionalidade e cidadania já não valem nada e são impotentes para evitar a completa descartabilidade das pessoas que estão nesses lugares, como é o caso, por exemplo, das penitenciárias brasileiras e das próprias periferias, marcadas pela pobreza e exclusão étnica. Nunca é demais dizer que a tortura no Brasil continua ocorrendo em profusão<sup>77</sup>, apenas com a mudança de foco do subversivo para o pobre<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p.182-186. Já dizia Walter Benjamin em sua *Tese oitava*: “A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é na verdade a regra geral” (BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. In: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política** – ensaios sobre literatura e história da cultura – Obras escolhidas I. 7.ed. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1994. [Obras Escolhidas; v.1]. p. 226).

<sup>77</sup> O recente relatório de Philip Alston, Relator Especial de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias das Nações Unidas, baseado em sua visita ao Brasil em novembro de 2007, denuncia as execuções praticadas pela polícia, as execuções de presos e o difícil acesso à Justiça no Brasil (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Promoção e proteção de todos os direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais incluindo o direito ao desenvolvimento. Relatório do Relator Especial de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias Dr. Philip Alston referente a sua visita ao Brasil nos dias 4 a 14 de novembro de 2007).

<sup>78</sup> Sobre a criminalização da pobreza e a adoção do padrão do campo para o sistema penitenciário ver: ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: REVAN, 2007; e WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres** – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de André Telles. 3.ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2007.



O crime contra a humanidade foi inicialmente definido, no Acordo de Londres de 1945<sup>79</sup> em seu artigo 6º, como

o assassinio, extermínio, sujeição à escravidão, deportação ou qualquer outro ato desumano cometido contra quaisquer populações civis, ou as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições forem cometidos na seqüência de um crime contra a paz ou de um crime de guerra, ou em ligação com estes crimes<sup>80</sup>.

A partir daí o conceito de crime contra a humanidade obteve um franco desenvolvimento nos Estatutos e nas decisões dos Tribunais Penais Internacionais, passando a figurar como uma categoria cada vez mais autônoma em relação à guerra. É possível, sucintamente, identificar a constância de três elementos que o caracterizam<sup>81</sup>: a) o caráter inumano e hediondo do ato criminoso<sup>82</sup>; b) a enunciação não taxativa da enumeração destes atos; e c) o fato de que sejam praticados em meio a uma política de perseguição geral e sistemática a uma parcela da população civil.

Desgraçadamente, estes três aspectos têm se reunido cada vez mais em ações praticadas pelos governos nacionais contra a sua própria população<sup>83</sup>. E é exatamente este o caso ocorrido na ditadura civil-militar brasileira: atos de tortura, desaparecimento forçado, violência sexual e assassinato, todos cometidos em meio à vigência de uma *política delinqüente*<sup>84</sup>, mal disfarçada por uma falsa carapaça legal, a mesma que em nossos dias está sendo legitimada pelo Supremo Tribunal Federal. O sistema de desumanização montado pelo

---

<sup>79</sup> Os princípios de Nuremberg foram aprovados pela Assembléia Geral da ONU em 1950, vinculando, portanto, o Brasil na qualidade de membro das Nações Unidas.

<sup>80</sup> GARAPON, op.cit., p.24-25.

<sup>81</sup> INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE – ICTJ. Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n.1, p.352-394, jan.-jun. 2009. p.356-357.

<sup>82</sup> Caracterizado aqui pelo processo de desumanização ao qual se fez menção anteriormente.

<sup>83</sup> Em seu livro Garapon nos traz alguns importantes dados estatísticos que mostram isto. Na Primeira Guerra Mundial, os civis representavam 10 por cento das vítimas e na Segunda Guerra Mundial passaram a 60 por cento. Já nos conflitos deflagrados após 1945 a cifra atingiu quase que a total plenitude, 90 por cento das vítimas eram civis. Ademais, de 1945 a 1970, de 97 conflitos registrados, 82 eram internos. No século XX, as guerras entre Estados fizeram 35 milhões de vítimas, e os conflitos internos 150 milhões (GARAPON, op.cit., p.99).

<sup>84</sup> Ibidem, p.121.

regime ditatorial no Brasil tinha um alvo bem delimitado da população civil, que eram todos aqueles que coubessem no rótulo de “subversivo”. Esse sistema envolvia não apenas as forças policiais, mas praticamente todo o espectro institucional do Estado, com destaque para o Poder Judiciário, que cancelava (chancela?) a legalidade de um sistema ilegítimo e desumano, projetando-se para as escolas, a imprensa, a igreja, o setor produtivo, enfim, alastrando-se por toda a sociedade<sup>85</sup>.

Tais crimes são chamados de crimes contra a humanidade porque eles visam à completa eliminação de parcela inerente à diversidade humana, expulsando este grupo da comunidade política e atacando a base do que permite a própria existência da política: a pluralidade humana<sup>86</sup>. É o Estado que tem se revelado o principal autor dos crimes contra a humanidade. E isto traz um agravante, pois é justamente o Estado quem deveria proteger os seus cidadãos da violação dos seus direitos fundamentais<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Garapon é preciso sobre este ponto: “A violência inédita empregue pelo crime contra a humanidade consiste em utilizar os meios da guerra total contra uma parte da sua própria população, não só com o envolvimento militar – armamento maciço com tecnologia de ponta -, mas também mobilizando todos os recursos de uma sociedade, desde a administração, os transportes e a investigação científica até à imprensa e à justiça” (Ibidem, p.119).

<sup>86</sup> Para Hannah Arendt, a “pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir” (ARENDR, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 16). Na mesma obra a autora avalia as diretrizes que condicionam a humanidade do homem, utilizando as categorias de “labor” e “trabalho”, como atribuições periféricas a condição de pessoa e, principalmente, a de “ação”, focada nas relações sociais e políticas entre os seres humanos como própria condição indispensável para sua humanidade.

<sup>87</sup> Ilustrando esse argumento, cito aqui trecho do voto que elaborei, na qualidade de relator, para o Requerimento de Anistia 2002.01.09770, formulado em nome de Izabel Marques Tavares da Cunha junto à Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, e que foi apreciado na Caravana da Anistia ocorrida durante o Fórum Social Mundial de Belém em 2009: “Não foi sem um misto de tristeza, indignação e admiração que este Conselheiro leu atentamente os relatos do Sr. Humberto e da Sra. Izabel. Uma história digna de ser louvada pelo que nela há de heroísmo, de persistência, de fortaleza, de um compromisso mais forte que a morte com os valores afeitos à promoção e preservação da dignidade da pessoa humana; da lealdade com os companheiros e companheiras que poderiam ser mortos e seviçados pela brutalidade absurda dos agentes repressores caso fossem delatados; do pensamento, do coração e da ação enlaçados à causa dos mais pobres e desprotegidos; de um sentimento imorredouro de justiça. Ao mesmo tempo em que a história deste casal de heróis nos enleva, ela também nos leva a prantear e a formar o nó da garganta que indica a ausência de palavras que possam testemunhar a dor e o sofrimento; quando nela descobrimos e nos deparamos com os policiais e militares do regime ditatorial que impuseram esta inadmissível provação; que não tinham compaixão pelos corpos e almas que fustigavam, torturando o companheiro na frente da companheira e a companheira na frente do

Após a breve caracterização feita sobre o que vem a ser o crime contra a humanidade, aparenta no mínimo imoral dizer como o fizeram alguns Ministros do STF que havia proporcionalidade entre os “lados”. Que havia uma “disputa pelo poder”. Que é “a mesma situação histórica e, portanto, terá de receber um tratamento igual”. Ou de que “há crimes de ambos os lados”. Devemos antes de tudo perguntar: é crime resistir, ainda que seja pelas armas, a um Estado ilegítimo, arbitrário, censor e que elimina do cenário jurídico as garantias mais básicas da pessoa humana? Aqui o crime só deveria existir aos olhos da ditadura, pois para todos os que repudiam a prática dos crimes contra a humanidade tal ato merece outro nome: *Direito de Resistência*, fadado, todavia, dada a flagrante desproporção, a submergir na sua destruição, negação e perversão.

Os crimes contra a humanidade são, portanto, crimes internacionais, não dizem respeito apenas aos interesses internos da sociedade política na qual ocorreram. Mesmo que o Estado não possua leis hábeis à apuração das responsabilidades de quem cometeu este tipo de delito, tal não o exime de sua

---

companheiro; jogando a requerente em uma cela toda pintada de cinza, com o claro intuito de quebrar o seu ânimo e deprimi-la ainda mais; arrastando, na frente da requerente e também do seu companheiro, cadáveres vítimas da tortura inclemente, puxados pelos cabelos; usurpando os bens, as roupas, as mínimas distrações da alma como até mesmo um jogo de damas feito com restos de comida e pedrinhas retiradas do chão e das paredes da cela; humilhando de todos os modos possíveis; impondo raciocínios autoritários e mirabolantes; usando e abusando do pau-de-arara, do choque elétrico nas partes sensíveis do corpo, das ameaças psicológicas, dos sufocamentos no camburão, nos afogamentos e na eliminação daquilo sem o quê não se pode viver: a esperança. *Tais agentes repressores e seus mandantes, todos eles até hoje livres e impunes, são responsáveis por atos muito piores que os de um criminoso comum que viesse a seqüestrar e torturar alguém, pois ao seqüestrado ainda cabe a esperança de saber que existe uma força policial que poderá salvá-lo e protegê-lo, de que caso ele consiga fugir, talvez na esquina mais próxima ele encontre um policial, um funcionário público responsável pela segurança e bem-estar dos cidadãos que conseguirá salvá-lo. Mas o que fazer quando o criminoso é o Estado? O que fazer quando aquele que devia protegê-lo é na verdade o seu maior algoz? A quem recorrer? Quem vai acreditar em você, se a polícia e o Estado dizem que você deve ser torturado, que você deve ser morto, que você não tem direito aos mínimos cuidados e respeito à sua condição humana? É também por isto que se torna imprescindível que, por este ato de Anistia, o Estado reestabeleça simbolicamente a dignidade pública de quem perseguiu injustamente, que o Estado, ainda que tardiamente, visto que a Sra. Izabel Marques Tavares da Cunha faleceu antes que o seu requerimento fosse julgado, e visto que esta Anistia demorou muito mais do que devia, peça desculpas por seus atos bárbaros e aponte para uma sociedade estruturada na esperança do respeito aos Direitos Humanos, especialmente por parte dos órgãos e agentes públicos, visto que são vocacionados desde a sua gênese à proteção dos indivíduos e à promoção do bem comum. Esta Anistia é, portanto, um ato da mais autêntica justiça (grifos nossos)”.*

responsabilidade internacional<sup>88</sup>. A lupa pela qual os crimes contra a humanidade devem ser vistos não é a lupa do Direito nacional ou do Direito Penal, ambos voltados aos crimes comuns, mas sim a do Direito Internacional Humanitário. Tais crimes, pois, pela sua própria natureza, são imprescritíveis. A sua imprescritibilidade decorre das normas, princípios e costumes do Direito Internacional, aos quais um Estado se vincula quando ratifica tratados e convenções, assumindo obrigações nesse plano.

Em nenhum dos documentos internacionais que tratam dos crimes contra a humanidade se faz qualquer referência a um limite de tempo para a apuração e responsabilização de tais crimes, exatamente pelo seu caráter e pela sua gravidade<sup>89</sup>. A compreensão firmada na jurisprudência e nos documentos internacionais, seja da ONU ou da OEA, é de que a Convenção de 1968 apenas reconheceu algo que já existia como norma assentada no Direito Internacional pelo menos desde Nuremberg. Foi este, por exemplo, o entendimento firmado pela Suprema Corte Argentina para declarar a inconstitucionalidade das Leis do Ponto Final e da Obediência Devida<sup>90</sup>.

Como se não bastasse isto, é conclusão difícil de ser rebatida a de que não se pode sequer cogitar de prescrição para os crimes de desaparecimento forçado, visto que configuram *crimes permanentes*, pois continuam a acontecer enquanto não é revelado o paradeiro do desaparecido. Alguns Ministros do STF, porém, como Cezar Peluso, Celso de Mello e, principalmente, Marco Aurélio, entenderam que o debate em torno da interpretação da Lei de Anistia brasileira seria meramente acadêmico, pois, mesmo que se desse ganho de causa à

---

<sup>88</sup> É o que demarca o Princípio II dos Princípios de Nuremberg aprovados na ONU em 1950.

<sup>89</sup> Como bem indica o parecer do ICTJ, este entendimento foi adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas antes mesmo da aprovação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade em 1968 (a qual, por motivos óbvios, na época o Brasil não ratificou), e está registrado na Resolução 2338 (XXII) de 1967 (ICTJ, op.cit., p.375-377).

<sup>90</sup> Ibidem, p.381-382. O então presidente argentino Raul Alfonsín havia promulgado em 1986 e 1987, respectivamente, as Leis do Ponto Final e da Obediência Devida, segundo as quais os processos de apuração dos crimes de lesa-humanidade cometidos durante a ditadura foram interrompidos e os militares escusados dos seus crimes por estarem agindo em obediência às ordens dos seus superiores. Em 2005, a Corte Suprema da Argentina considerou ambas as leis inconstitucionais, permitindo que centenas de agentes da ditadura fossem a julgamento a partir de então.

autora, isto não teria efeito prático algum, já que todos os crimes estariam prescritos, inclusive os de desaparecimento forçado.

O Ministro Marco Aurélio, aliás, lembrou no voto da ADPF 153 o seu raciocínio na Extradução 974, relativa a Manuel Cordero Piacentini, agente da ditadura uruguaia que atuou intensamente na Operação Condor e foi o responsável por inúmeras mortes e desaparecimentos. Naquela ocasião, Marco Aurélio acabou sendo voto vencido quando negava totalmente a extradicação de Manuel Cordero. A sua justificativa era de que se os crimes de Cordero tivessem ocorrido no Brasil, eles estariam abrangidos pela Anistia, logo ao caso deveria ser aplicada uma espécie de “simetria”. Veja-se, pois, que para o Ministro, que semanas antes do julgamento da ADPF 153 concedeu entrevista em cadeia nacional na qual afirmou que a ditadura foi um “mal necessário”, e que “foi melhor não esperar para ver” o que iria acontecer<sup>91</sup>, a Anistia brasileira, além de ser imune à noção de crimes contra a humanidade e ao influxo do Direito Internacional, possui uma impressionante extensão extraterritorial.

Voltando à pergunta formulada no início deste item, é admissível a Anistia para crimes contra a humanidade? Caso seja, em que circunstâncias? Para responder a tais perguntas, é preciso partir de dois pressupostos básicos: 1) o repúdio à Anistia como exercício de esquecimento de crimes contra a humanidade; 2) a inexistência de uma fórmula abstrata na aplicação de mecanismos transicionais, estando esta a depender do contexto de cada sociedade em transição política.

Quanto ao primeiro pressuposto, Theodor Adorno demarcou incisivamente a sua imperiosidade:

Hitler há impuesto a los hombres en estado de no-libertad un nuevo imperativo categórico: orientar su pensamiento y su acción de tal modo que Auschwitz no se repita, que no ocurra nada parecido<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup>A entrevista foi dada ao repórter Kennedy Alencar no programa “É notícia” da Rede TV! E foi ao ar no dia 22 de fevereiro de 2010. O seu vídeo está disponível em: <http://mais.uol.com.br/view/e0qbgxid79uv/ditadura-foi-um-mal-necessario-diz-Ministro-do-stf-04029C3768D8C14326?types=A>. Acesso em 28 de junho de 2010.

<sup>92</sup> ADORNO, Theodor W. **Dialectica negativa**. Tradução de Alfredo Brotons Muñoz. Madrid: Akal, 2005. p.334.

O surgimento dos crimes contra a humanidade delineia uma ética negativa, isto é, não se sabe exatamente como se deve agir, mas sim como não se pode agir. A referência de humanidade deixa de ser o virtual ser humano que reúne em si todos os atributos inerentes à dignidade da pessoa humana e passa a ser o concreto refugio humano, dos campos de concentração e dos espaços atingidos pelo alastramento do seu padrão político. A memória torna-se a principal arma contra a repetição<sup>93</sup>. Isto não significa, contudo, que se possa afirmar que a Anistia deve ser varrida do mundo quando se defrontar com crimes contra a humanidade. Na África do Sul estabeleceu-se na década de 90 um novo sentido para a Anistia: a Anistia sem esquecimento<sup>94</sup>.

No contexto da transição da África do Sul para um regime pós-*apartheid*, partiu-se do pressuposto de que impor julgamentos penais aos criminosos de lesa-humanidade que apoiaram a política delinqüente do *apartheid* poderia impulsionar uma verdadeira guerra civil, tal seria o nível de ressentimento da maior parte da população negra contra os seus antigos opressores. A saída encontrada foi suspender a ordem jurídica normal, que desembocaria nos julgamentos, para colocar em ação um projeto de reconciliação que se

---

<sup>93</sup> Sobre a explicitação do *dever de memória*, apoiado principalmente na obra de Paul Ricoeur e relacionado ao contexto da transição política brasileira pós-ditadura ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Dever de memória e a construção da história viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do Direito à Memória e à Verdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; PIRES JUNIOR, Paulo Abrão; MacDowell, Cecília; TORELLY, Marcelo D. **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro** - Estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Coimbra: Universidade de Coimbra; Brasília: Ministério da Justiça, 2010. p.185-227.

<sup>94</sup> Tal aspecto é demarcado na obra de François Ost que pensa “na Comissão *Verdade e Reconciliação* criada na África do Sul por ocasião da abolição do regime de *apartheid*: nestes casos, pretendem-se estabelecer os factos e actos que tiveram lugar ao longo do período anterior, não para punir os culpados, mas pelo direito à verdade. Assim, ninguém ignora aquilo que se passou e quem tomou parte nisso; o passado não é manipulado e o silêncio não é imposto à história. Acontece apenas que, por razões superiores, o perdão é concedido aos responsáveis, pelo menos em certas condições. (...) Como no processo de Orestes, a opção tomada a favor de um futuro reconciliado não se paga com o preço da amnésia; pelo contrário, é por ter sido feito um gesto forte de memória que o perdão e, logo, a libertação dos espíritos, pode intervir sem temer o regresso permanente do recalçado” (grifos do autor) (OST, op.cit., p.187).

estruturasse em dois grandes pilares: a verdade e a voz das vítimas<sup>95</sup>. A Comissão se dirigia ao povo e por ele era permeada. Para que a verdade dos crimes do *apartheid* fosse revelada pelos seus agentes e para que se pudesse fortalecer o espírito de reconciliação, optou-se pela concessão da Anistia. Simbolicamente, ocorre a aproximação do arrependimento que induz ao perdão<sup>96</sup>. Independente de ponderações críticas que possam ser feitas sobre a aceitação dessa saída restaurativa sul-africana, é indubitável que ela sinaliza para uma possibilidade de se permitir a Anistia para crimes de lesa-humanidade, com a condição de que a Anistia seja dissociada do exercício de esquecimento.

É no mínimo uma trapalhada histórica querer equiparar a Anistia sul-africana com a Anistia brasileira, mas é exatamente o que o Ministro Cezar Peluso faz em seu voto na ADPF 153:

Não se trata aqui de um caso de auto-Anistia, censurada pelos Tribunais Internacionais. Seria de auto-Anistia se tivesse provindo de um Ato Institucional ou de um ato normativo equivalente, ela não proveio, ela proveio de um acordo, como tantos outros celebrados no mundo, e dos quais, só para relembrar o caso que me parece mais exemplar, o da África do Sul, que também concedeu uma Anistia ainda mais ampla que a nossa<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> TELES, Edson Luís de Almeida. **Brasil e África do Sul: os paradoxos da democracia – memória política em democracias com herança autoritária**. 2007. 153f. [Tese de Doutorado] – Curso de Pós-Graduação em Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2007. p.102-103.

<sup>96</sup> Paul Ricoeur em seu livro *A memória, a história e o esquecimento*, dedica páginas memoráveis para tratar do *perdão difícil*. Conclui o filósofo que o perdão não pode voltar-se ao ato em si, absolutamente abominável, mas sim àquele que cometeu o ato. “Finalmente, tudo se decide na possibilidade de separar o agente de sua ação. Esse desligamento marcaria a inscrição, no campo da disparidade horizontal entre a potência e o ato, da disparidade vertical entre o muito alto do perdão e o abismo da culpabilidade. O culpado, que se tornou capaz de recomeçar, tal seria a figura desse desligamento que comanda todos os outros. (...) separar o culpado de seu ato, ou em outras palavras, perdoar o culpado sem deixar de condenar sua ação, seria perdoar um sujeito outro que não aquele que cometeu o ato” (RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução de Alain François [et al.]. Campinas: UNICAMP, 2007. p.500). Ricoeur vê no perdão quando se apresenta na cena pública não um perdão propriamente dito, que, seguindo as pistas de Derrida, fica reservado à esfera íntima de cada pessoa, mas sim uma *consideração*, parente distante do perdão. De todo modo, para que esta consideração possa ser acionada, é preciso o arrependimento, pois sem ele a pessoa não se desvincula do seu ato, isto é, continua a ser a mesma pessoa que em tendo cometido o crime no passado continuaria a cometê-lo hoje (Ibidem).

<sup>97</sup> Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=bK2Hpfnk2Qg> . Acesso em 28 de junho de 2010.

Veja-se que na manifestação do Ministro vem a clara tentação de querer equiparar na moldura conceitual do “acordo”, casos tão distintos como são o da África do Sul e o do Brasil. Se a partir dos mecanismos restaurativos praticados no contexto sul-africano é possível cogitar-se da não realização de julgamentos penais para apurar crimes contra a humanidade, no caso brasileiro não estão presentes razões que sejam semelhantes para que se possa abrir mão de tais julgamentos. Os agentes públicos que cometeram crimes contra a humanidade e seus mandantes no contexto da ditadura civil-militar brasileira não só não se arrependeram publicamente dos seus atos, como até hoje impedem o acesso a documentos públicos que registram episódios não devidamente esclarecidos, insistindo no negacionismo (da política sistemática de torturas, por exemplo<sup>98</sup>) e projetando-o para parcelas desavisadas da sociedade brasileira<sup>99</sup>. Que espécie de perdão pode ser cogitado neste contexto? Crê-se que apenas aquele perdão registrado pelo Ministro Ayres Britto em uma das passagens mais inspiradas do seu voto, ocorrida justamente quando leu trecho de um poema de sua autoria, intitulado *A propósito de Hitler*:

A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão  
A humanidade tem o dever de odiar os seus ofensores  
Porque o perdão coletivo é falta de memória e de vergonha  
Convite masoquístico à reincidência<sup>100</sup>

Como se não bastasse a esdrúxula comparação e além de insistir na tese do “acordo”, atacada no segundo item deste artigo, o Ministro Cezar Peluso

---

<sup>98</sup> Um exemplo paradigmático de tal atitude está na entrevista concedida pelo General Maynard Marques Santa Rosa ao Jornal Folha de São Paulo, publicada em 17 de maio de 2010. Quando perguntado sobre a tortura durante a ditadura militar no Brasil, respondeu: “Nunca foi institucionalizada, é um subproduto do conflito. A tortura começou com os chamados subversivos. Inúmeros foram justificados e torturados por eles próprios, porque queriam mudar de opinião. A tortura nunca foi oficial” (FERRAZ, Lucas; CATANHEDE, Eliane. Entrevista Maynard Marques Santa Rosa. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 maio 2010).

<sup>99</sup> Tal contexto revela a inutilidade das advertências feitas por Cezar Peluso, Carmem Lúcia, Eros Grau e Celso de Mello no sentido de que a Anistia aos torturadores não impedirá o esclarecimento da verdade histórica e política. É duvidoso que sem a possibilidade de uma investigação criminal os agentes públicos que cometeram crimes de lesa-humanidade venham a se revelar diante de uma eventual Comissão da Verdade.

<sup>100</sup> Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=5ranNPsDDAk> . Acesso em 28 de junho de 2010.



tentou esquivar-se de maneira pouco convincente da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual a auto-Anistia para crimes contra a humanidade é inadmissível. Aliás, nisto ele não ficou sozinho. O Ministro Celso de Mello, apesar de ter sido o único magistrado que fez referência aos casos de Barrios Alto, do Peru, e de Aureliano Almonacid, do Chile<sup>101</sup>, exatamente os casos que consagraram a tese da vedação da auto-Anistia na jurisprudência da Corte Interamericana, afastou abruptamente a sua incidência do caso brasileiro, com o incompreensível argumento de que se a Anistia foi bilateral, logo ela não foi uma auto-Anistia.

Ora, ainda que a Anistia tenha favorecido os perseguidos políticos (não todos como se viu), o fato de ela ter se voltado, segundo interpretação até hoje chancelada pelo Poder Judiciário brasileiro, para os próprios agentes públicos e seus respectivos mandantes, em um processo de discussão e votação totalmente imposto por estes mesmos agentes e mandantes, em nada abrandava a óbvia constatação de que se trata de uma auto-Anistia. Repita-se, em 1979 o Brasil ainda era refém da ditadura civil-militar, e em 1977 o Congresso foi fechado tendo as regras da sua composição manipuladas com base no Ato Institucional Nº 5, para que nunca fosse possível a aprovação de um projeto de lei que contrariasse os interesses do governo ditatorial. O resultado disto, como se viu, foi que o projeto enviado pelo governo Figueiredo ao Congresso Nacional foi aprovado sem que nenhuma das objeções feitas pela oposição fossem admitidas em qualquer etapa do processo.

---

<sup>101</sup> O caso Barrios Altos diz respeito a uma chacina ocorrida em Lima, no Peru em 1991 durante o governo ditatorial de Fujimori. O grupo de extermínio COLINA, composto por membros do exército peruano, assassinou 15 pessoas e feriu mais 4. A anistia para os criminosos veio em 1995. A sentença da CIDH veio no ano de 2001 e desqualificou a Anistia concedida por considerá-la uma auto-Anistia. A sentença do caso está disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf) Acesso em 28 de junho de 2010. Já o caso Almonacid Arellano, ocorrido no Chile em 1973, refere-se ao caso do assassinato do senhor Almonacid Arellano pelos agentes da repressão chilena. Com a anistia de 1978, os agentes que cometeram este crime não foram julgados. A Corte considerou, em sentença de 2006, a inadmissibilidade de que a Lei de Anistia chilena alcançasse tais agentes, configurando o entendimento contrário à auto-Anistia. A sentença do caso está disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc) . Acesso em 28 de junho de 2010.

Por fim, é preciso registrar igualmente a fragilidade do argumento de que se a ação fosse vencedora todos os Anistiados, inclusive os que foram perseguidos políticos, teriam suas Anistias anuladas. A Ministra Ellen Gracie chegou a mencionar que seria um “paradoxo” considerar a não recepção da Lei de Anistia pela Constituição de 1988, pois deste modo, ficariam excluídos todos os que já foram por ela beneficiados<sup>102</sup>. O Ministro Cezar Peluso registrou que considerar o vício da fonte na produção da lei, ou seja, apontar a ilegitimidade do Congresso que a votou, nos levaria a considerar revogadas todas as leis produzidas no período, anulando, inclusive, todas as Anistias concedidas<sup>103</sup>.

Ora, é cristalino que a ação proposta pela OAB não tinha em mira toda a Lei de Anistia de 1979, mas sim a interpretação dada ao Art.1º, §1º<sup>104</sup>. O grande problema aqui apresentado não diz respeito simplesmente à ilegitimidade do Congresso Nacional à época da aprovação da Lei, o que está em jogo é a possibilidade de se convalidar um aspecto desta Lei, que é conflitante não só com os princípios da Constituição de 1988, mas com os princípios do Direito Humanitário Internacional e dos seus organismos, tratados e instituições, exatamente ali onde ela pode se mostrar complacente com o cometimento de crimes contra a humanidade, demarcando sem apelo a auto-Anistia entre nós.

## 5. Considerações Finais

A decisão tomada pela Suprema Corte brasileira revela com clareza solar o que é certamente um dos maiores óbices da cultura jurídica brasileira rumo a uma verdadeira democracia: a continuidade do simulacro de legalidade. É como se a Constituição de 1988 não tivesse significado uma verdadeira ruptura com os atos de força e com o autoritarismo hiperlativo do período ditatorial.

---

<sup>102</sup> Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=gbtckYWuO7c> . Acesso em 28 de junho de 2010.

<sup>103</sup> Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=bK2Hpfnk2Qg> . Acesso em 28 de junho de 2010.

<sup>104</sup> É o que se depreende do seguinte trecho da ação: “Caso se admita, *como parece pacífico*, que a Lei 6683/79 foi recepcionada pela nova ordem constitucional, é imperioso interpretá-la e aplicá-la à luz dos preceitos e princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal”.

A Constituição de 1988, durante o julgamento da ADPF 153 no STF, chegou, inclusive, a ser remetida para normas construídas em plena vigência ditatorial. Celso de Mello é o que foi mais longe, regredindo até a Emenda Constitucional Nº 11, que revogou os atos institucionais<sup>105</sup>. Foram, porém, Gilmar Mendes e Eros Grau os magistrados que com maior ênfase atrelaram a Constituição brasileira a atos normativos que vieram antes dela. Eros Grau identificou na Emenda Constitucional Nº 26/85 a “norma origem” da Constituição Federal<sup>106</sup>, e arrematou argüindo que a EC 26 só seria incompatível com a Constituição de 1988 caso esta a tivesse revogado expressamente. Já Gilmar Mendes afirmou que a Emenda Constitucional 26/85 ratificou a Anistia aos torturadores e a impôs como conteúdo material da nova Constituição. Seria, portanto, uma limitação material ao próprio Constituinte<sup>107</sup>.

Sobre a tese de Eros Grau quanto à continuidade de uma Emenda Constitucional relacionada à Constituição anterior, a própria Ministra Carmem Lúcia já se encarregou de rebater, afirmando que a nova Constituição revoga totalmente a Constituição anterior, passando ela a ser a nova referência jurídica do país<sup>108</sup>, lição básica de Direito Constitucional, diga-se de passagem. Quanto à imposição de uma limitação material à Constituição, é flagrante a sua incompatibilidade com a característica soberana da qual se reveste uma Assembléia Nacional Constituinte, especialmente quando essa limitação material guarda a sua origem em um regime de força ilegítimo. Embora a EC 26/85 não reproduza em seu texto a obscura definição de crimes conexos presente no Art. 1º, §1 da Lei 6683/79, Eros Grau, Carmem Lúcia e Gilmar Mendes afirmaram que a Emenda veio a constitucionalizar a Anistia bilateral, em outras palavras, a

---

<sup>105</sup> Págs. 9-12 do voto de Celso de Mello.

<sup>106</sup> Pág. 68 do voto de Eros Grau. É sempre bom lembrar que na vigência do governo Sarney as perseguições políticas comandadas pela orientação da DSN continuaram acontecendo, principalmente na repressão a inúmeras greves deflagradas no período. Tanto é assim, que a Constituição estabelece um lapso temporal para as Anistias, depois reproduzido pela Lei 10.559/2002, que vai de 18 de setembro de 1946 (data da promulgação da última Constituição democrática que o Brasil teve antes da de 1988) a 05 de outubro de 1988.

<sup>107</sup> Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=gbtckYWuO7c> . Acesso em 28 de junho de 2010.

<sup>108</sup> Pág. 10 do voto de Carmem Lúcia.

Anistia aos agentes públicos e aos seus mandantes, que cometeram crimes contra a humanidade.

Nem mesmo o Ministro Ayres Britto, a despeito do seu voto favorável à ação interposta pela OAB, escapou de cancelar o continuísmo de uma ordem legal “cambaia”<sup>109</sup>. Ayres Britto afirmou que o verdadeiro mal foi cometido pelos agentes torturadores, nas palavras do magistrado, verdadeiros “tarados”, “monstros” e “cascavéis que mordem o próprio som do seu chocalho”, que violaram mesmo a legalidade da ditadura, pois embora ainda o país vivesse sob um regime de força, afirmou Ayres Britto, continuava a existir uma República<sup>110</sup>.

É possível entrever dois graves entendimentos nessas afirmações. O primeiro deles é pensar que todo o problema está na desumanidade do torturador. Foi o mesmo erro do Tribunal de Nuremberg que, ao sentenciar algumas dezenas de nazistas à morte, acreditou que a humanidade estaria purgada dos crimes cometidos pelo nazismo. O decisivo, porém, é que, como assinalou Hannah Arendt em *Eichmann em Jerusalém*<sup>111</sup>, o verdadeiro mal não está na pessoa que cometeu a tortura ou que executou diretamente as ordens de extermínio, mas sim no sistema político e social que abrigou na sua lógica de funcionamento a prática sistemática de tais violações, muitas vezes apresentadas como imposições hierárquicas aos agentes encarregados de executá-las. O segundo problema é considerar que um governo ilegítimo, oriundo de um golpe de Estado e estruturado em Atos Institucionais que, como bem lembrou o Ministro Celso de Mello, eram imunes à qualquer espécie de jurisdição e controle<sup>112</sup>, possa indicar a existência de uma República. Eis aí uma grave ofensa ao princípio republicano que diz tudo sobre a ausência de uma ruptura democrática no Brasil e o entrave que isto representa para o seu desenvolvimento político e humano.

---

<sup>109</sup>O Ministro Cezar Peluso utilizou este adjetivo para designar o que, no seu entendimento, seria uma “Anistia cambaia”, ou seja uma Anistia que não fosse bilateral.

<sup>110</sup> Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=5ranNPsDDAk>. Acesso em 28 de junho de 2010.

<sup>111</sup> ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém** – um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

<sup>112</sup> Págs. 2-3 do voto de Celso de Mello.

Finalmente, para completar o gosto amargo do escárnio que permanece na boca da sociedade brasileira após o julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal, a auto-Anistia ocorrida no Brasil foi atribuída, tanto pelo Ministro Relator quanto pelo Ministro Presidente da Corte à época do julgamento, ao “caráter cordial e superior do povo brasileiro”. Para dar uma idéia mais precisa da perplexidade que a apresentação desta idéia em um país extremamente violento como o Brasil assume, não há outro remédio senão citarmos as palavras finais do voto do Ministro Cezar Peluso:

Se é verdade que cada povo resolve os seus problemas históricos de acordo com a sua cultura, com os seus sentimentos, com a sua índole, também com a sua história, o Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia. E digo, se eu pudesse concordar com a afirmação de que certos homens são monstros, eu diria que os monstros não perdoam, só o homem perdoa, só uma sociedade superior, qualificada pela consciência dos mais elevados sentimentos de humanidade é capaz de perdoar, porque só uma sociedade que, por ter grandeza é maior do que os seus inimigos, é capaz de sobreviver. Uma sociedade que queira lutar contra os seus inimigos com as mesmas armas, os mesmos instrumentos e os mesmos sentimentos está condenada a um fracasso histórico<sup>113</sup>.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer, como logo se apressou a apontar Luís Fernando Veríssimo em sua coluna no jornal Zero Hora<sup>114</sup>, que Sérgio Buarque de Holanda, ao demarcar a noção de “homem cordial” para representar

---

<sup>113</sup> Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=bK2Hpfnk2Qg> . Acesso em 28 de junho de 2010.

<sup>114</sup> Uma semana após o julgamento da ADPF 153 no STF, Luis Fernando Veríssimo publicou no Jornal Zero Hora, em sua coluna, o texto intitulado “Cordialidade”. Eis um trecho significativo: “Mas o sentido original da tese do Sérgio Buarque de Holanda foi recuperado, há dias, pelo Ministro do Supremo Eros Grau, ao atribuir as Anistias dadas, tanto a recente quanto as outras no nosso passado, à cordialidade inata do povo brasileiro. Está no seu voto de relator, um voto perfeitamente respeitável, ainda mais que Grau foi perseguido pela ditadura e tinha motivos pessoais para votar contra manter o perdão sem exceção. Mas invocar a velha tese da cordialidade para justificar o perdão foi estranho. Poucas vezes na nossa História a cordialidade brasileira foi tão dolorosamente desmentida como nos porões da última ditadura, onde a tortura, expressamente ou implicitamente autorizada pelo braço armado do Estado, foi prática sistemática. Um voto a favor da velha e simpática concepção de cordialidade brasileira deveria ser um voto contra a impunidade dos que a desmentiram oficialmente e institucionalizaram seus crimes, tanto que hoje rejeitam sua averiguação sob pretexto de proteger a instituição. ‘Cordialidade’, no caso, sendo sinônimo de convívio civilizado, em qualquer circunstância” (VERÍSSIMO, Luis Fernando. Cordialidade. **Zero Hora**, Porto Alegre, 6 maio 2010. Disponível em: <http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default2.jsp?uf=1&local=1&source=a2895154.xml&template=3916.dwt&edition=14634&section=70> . Acesso em 28 de jun. 2010).

o caráter do brasileiro, não quis dizer que ele seria necessariamente bom. Por mais criticada que hoje possa ser a tese do culto à personalidade como característica brasileira, o fato é que Sérgio Buarque quis indicar, antes de tudo, a aversão construída na sociedade brasileira ao plano do impessoal e da civilidade, justamente as condições indispensáveis para a democracia. Aquele que é bom com os que lhe são próximos e alvos do seu afeto poderá ser cruel e implacável na mesma intensidade com os que considerar seus inimigos.

Em segundo lugar, é de uma extrema falta de sensibilidade, dado o contexto da ditadura civil-militar brasileira, taxar de monstros aqueles que não perdoam. É como se pudéssemos considerar um monstro uma mãe que não perdoa o agente público que, além de ter matado o seu filho, desapareceu com os seus restos mortais privando-a de velar e sepultar aquele que um dia saiu do seu ventre. É preciso também lembrar que não se trata, como disse Peluso, de a sociedade querer lutar contra os seus inimigos com as mesmas armas, instrumentos e sentimentos. Se fosse assim, a ação proposta estaria defendendo a utilização de instrumentos de tortura como o pau-de-arara e a cadeira do dragão, movida pelo mais baixo sentimento de total desprezo à vida e à dignidade dos que cometeram crimes de lesa-humanidade. A expectativa presente na inicial é a de que tais criminosos tivessem os seus crimes apurados e fossem por eles responsabilizados, reconhecendo, contudo, os seus direitos ao devido processo legal e a todas as garantias processuais estabelecidas a partir da Constituição Federal, exatamente os mesmos direitos que a ditadura negou aos que sucumbiram nos seus porões e perante os seus juízos ilegítimos e submetidos a medidas de força.

O resultado do julgamento da ADPF 153 no STF e principalmente os argumentos que o sustentaram revelam, talvez como nenhum outro julgamento no Supremo foi capaz de fazer, a urgente necessidade que a comunidade jurídica nacional tem de repensar tanto os critérios para a investidura do cargo de Ministro da Suprema Corte no Brasil, como as condições para o seu exercício, buscando novas propostas que possam estar mais sensíveis ao direito que a sociedade brasileira tem ao desenvolvimento da sua própria democracia.

## 6. Referências Bibliográficas

ADORNO, Theodor W. **Dialectica negativa**. Tradução de Alfredo Brotons Muñoz. Madrid: Akal, 2005.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém** – um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo** - anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. In: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política** – ensaios sobre literatura e história da cultura – Obras escolhidas I. 7.ed. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1994. [Obras Escolhidas; v.1].

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

CARTA, Mino. A lição do profeta. **Carta Capital**. São Paulo, 07 maio 2010. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/app/materia.jsp?a=2&a2=8&i=6642>. Acesso em 17 de junho de 2010.

CUNHA, Luiz Cláudio. **Operação Condor: O seqüestro dos uruguaios** – uma reportagem dos tempos da ditadura. Porto Alegre: L&PM, 2008.

FERRAZ, Lucas; CATANHEDE, Eliane. Entrevista Maynard Marques Santa Rosa. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 maio 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar** – para uma justiça internacional. Tradução de Pedro Henriques. Lisboa: Piaget, 2004.

GORENDER, Jacob. **Combate nas trevas** – a esquerda brasileira: das ilusões perdidas à luta armada. 2.ed. São Paulo: Ática, 1987.

HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. 2.ed. Tradução de José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

GRECO, Heloísa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela Anistia**. 2009. 456f. [Tese de Doutorado] – Curso de Pós-Graduação das Faculdades de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2009.

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE – ICTJ. Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n.1, p.352-394, jan.-jun. 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a Anistia e suas conseqüências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Associação Editorial Humanitas; FAPESP, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NAÇÕES UNIDAS – Conselho de Segurança. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretário Geral S/2004/616. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n.1, p.320-351, jan.-jun. 2009.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Promoção e proteção de todos os direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais incluindo o direito ao desenvolvimento. Relatório do Relator Especial de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias Dr. Philip Alston referente a sua visita ao Brasil nos dias 4 a 14 de novembro de 2007.

OST, François. **O tempo do Direito**. Tradução de Pedro Henriques. Lisboa: 2001.

POMAR, Pedro Estevam da Rocha. **Massacre na Lapa**: como o Exército liquidou o Comitê Central do PCdoB – São Paulo, 1976. 3.ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.



RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução de Alain François [et al.]. Campinas: UNICAMP, 2007.

RODEGUERO, Carla Simone; DIENSTMANN, Gabriel; TRINDADE, Tatiana. **Anistia ampla, geral e irrestrita**: história de uma luta inconclusa. 2010. 253f. [Pesquisa Acadêmica]. Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Porto Alegre, 2010.

SAVIGNY, F. K. von. **Sistema del derecho romano actual**. Tradução de M. Ch. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 1878.

SAVIGNY, F.K. von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Dever de memória e a construção da história viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do Direito à Memória e à Verdade. In: PADRÓS, Enrique Serra; BARBOSA, Vânia M.; FERNANDES, Amanda Simões; LOPEZ, Vanessa Albertinence (Orgs.). **O Fim da Ditadura e o Processo de Redemocratização**. Porto Alegre: CORAG, 2009. p. 47-92. (A Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul.1964-História e Memória-1985, v.4).

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: RUIZ, Castor Bartolomé (org.). **Justiça e memória**: por uma crítica ética da violência. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p.121-157.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (orgs.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz (orgs.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado: Anuário 2007. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.243-270.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da, ALMEIDA, Lara Oleques de, ORIGUELLA, Daniela. Ensino do Direito e hermenêutica jurídica: entre a abordagem metodológica e a viragem lingüística. In: CERQUEIRA, Daniel Torres de; FRAGALE FILHO, Roberto (orgs.). **O ensino jurídico em debate**: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica. Campinas: 2007. p. 23-43.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SKIDMORE, Thomas. *Brasil*: de Castelo a Tancredo, 1964-1985. Tradução de Mario Salviano Silva. 8.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TELES, Edson Luís de Almeida. **Brasil e África do Sul**: os paradoxos da democracia – memória política em democracias com herança autoritária. 2007. 153f. [Tese de Doutorado] – Curso de Pós-Graduação em Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2007.

VERÍSSIMO, Luis Fernando. Cordialidade. **Zero Hora**, Porto Alegre, 6 maio 2010. Disponível em: <http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default2.jsp?uf=1&local=1&source=a2895154.xml&template=3916.dwt&edition=14634&section=70> . Acessado em 27 de jun. 2010

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres** – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de André Telles. 3.ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: REVAN, 2007.