

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EROS
ROBERTO GRAU**

ADPF nº 153

Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

A ASSOCIAÇÃO JUIZES PARA A DEMOCRACIA, entidade sem fins lucrativos de âmbito nacional, inscrita no CNPJ/MF sob nº 287.884.009-72, com sede à Rua Maria Paula, 36, 11º andar, cj. 11-B, São Paulo – SP, representada neste ato pela Presidente do Conselho Executivo, Dora Aparecida Martins de Moraes, portadora da cédula de identidade RG nº 7.105.513, vem, por seus procuradores que a esta subscrevem, nos autos da argüição de descumprimento de preceito fundamental em epígrafe, apresentar as **RAZÕES** pelas quais postula a procedência do pedido formulado, nos termos do 6º, §1º da Lei 9.882/99, e no artigo 131, §3º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

1. DO CABIMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Preliminarmente, estão presentes os requisitos exigidos para a arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9.882/99, art.1º). A controvérsia é patente, fartamente demonstrada já na inicial apresentada pelo Conselho Federal da OAB.

No plano judicial, a controvérsia sobre o tema é revelada por decisões pelo arquivamento da investigação de práticas de tortura e homicídio (TJSP – HC 131.798-3, caso Vladimir Herzog), de pedidos em tramitação para reabertura de investigações sobre os mesmos fatos (Caso Luis José da Cunha, pedido pelo Ministério Público Federal à Juíza da 1ª Vara Criminal Federal da 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, referente ao arquivamento 2008.81.61.012372-1), ações civis públicas em andamento que tratam da questão (8ª Vara Cível de São Paulo, autos n.2008.61.00.011414-5), bem como a própria decisão deste E. Relator que pediu vista de processo de Extradicação (Ext 974) para aguardar o deslinde do presente feito.

Trata-se de demanda com objeto pertinente: a correta interpretação do art.1º e o respectivo §1º da Lei 6.683/79 de forma a adequá-lo aos preceitos fundamentais da Constituição Federal, pretensão passível de ajuizamento pelo meio eleito.

Por fim, respeita-se a natureza subsidiária da arguição. Em se tratando de norma anterior à Constituição de 1988, inviável sua impugnação por instrumento de controle concentrado e abstrato (ADI), razão pela qual se

mostra legítima a via eleita. Vale destacar que a possibilidade de uso do recurso extraordinário ou outros mecanismos de controle difuso não afasta o cabimento da argüição (precedentes: ADPF 33, ADPF 126, ADPF 76).

2. DA LEI 6.683/79 E SUAS POSSÍVEIS INTERPRETAÇÕES

2.1 Da pertinência da manifestação do STF sobre a interpretação conforme a Constituição da Lei 6.638/79

A discussão em tela gira sobre a interpretação constitucional do art.1º e do respectivo §1º da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia). Coloca-se em questão a abrangência da excludente de punibilidade estabelecida em relação aos atos praticados pelos agentes do regime militar contra seus opositores no período assinalado. Trata-se, em suma, de delinear o conceito de crimes políticos e crimes conexos com estes, previstos na Lei em comento, para determinar sua extensão.

Em se tratando de institutos expressamente previstos pela Constituição Federal (CF, art. 5º, LII, art. 102, II, “b” e art. 109, IV), cabe a esta Corte determinar seu conteúdo possível, de maneira a fazê-lo compatível com os vetores basilares do ordenamento jurídico.

Como será aferido, conferir ao termo “*crimes políticos*” amplitude demasiada ensejará graves distorções conceituais e afetará sobremaneira preceitos constitucionais relevantes. Logo, não se trata de

provocar esta E. Corte para debater o mero conteúdo de norma infraconstitucional, mas de obter deste Tribunal declaração sobre o sentido desta norma diante das diretrizes postas pelo texto constitucional.

Em sendo a Constituição uma *“lei fragmentária, indeterminada e carecida de interpretação”* cujo aspecto verdadeiro e material será o resultado de *“um processo de interpretação conduzido à luz da publicidade (...) como obra de todos os participantes, em momento de diálogo e conflito, de continuidade e descontinuidade, de tese e antítese”*¹, a ação em tela representa uma oportunidade para que, diante da controvérsia instaurada, esta E. Corte fixe os parâmetros interpretativos sobre a Lei 6.683/79.

Como ensina SEPÚLVEDA PERTENCE:

“Quando, para a inteligência de uma norma constitucional, for necessário precisar um conceito indeterminado, a que ela mesma remeteu, mais que lícito, é imperativo, no recurso extraordinário, indagar se, a pretexto de concretizá-lo, não terá, o legislador ou o juiz de mérito das instâncias ordinárias, ultrapassado as raias do âmbito do possível de compreensão da noção, posto que relativamente imprecisa, de que se haja valido a Lei Fundamental” (STF, RE 160841, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/09/1995, sem grifos no original).

¹ HABERLE, citado por MENDES, Gilmar Ferreira, em *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2008, p.7

É o que se pretende. Que esta Corte, à luz da Constituição de 1988, e dos princípios também vigentes na Constituição anterior, determine a extensão do conceito de crimes políticos, de crimes a estes conexos, e, por conseguinte, da Lei de Anistia brasileira, fixando “*as raias do âmbito do possível da compreensão da noção*”.

2.2 Conceito de crimes políticos

Há muito a doutrina bate-se para fixar os contornos dogmáticos dos crimes políticos, posicionando-se os autores em torno de três acepções: (i) teoria objetiva; (ii) teoria subjetiva; (iii) teoria mista².

Entende-se por objetiva a teoria que atrela a natureza política dos crimes unicamente aos bens jurídicos violados: modelo de Estado, ordem política e social, soberania, ou a estrutura organizacional de determinado regime. A teoria subjetiva remete a definição aos aspectos motivacionais do agente. Não se trata da qualidade do bem jurídico atacado, mas das intenções políticas do autor do delito. Tal definição confere natureza política aos crimes contra a ordem política em si, e aos crimes comuns, desde que praticados com motivação de afetar a ordem estabelecida.

A teoria mista, por sua vez, aponta como políticos os delitos contra bens jurídicos essenciais à ordem legal e constitucional, mas exige a caracterização da motivação política, a intenção de transformar as bases que sustentam determinado modelo de organização pública. Não basta a simples motivação, nem a afetação objetiva de bem jurídico político. Será a soma dos aspectos objetivo e subjetivo que caracterizará o delito em tela.

² PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes. *Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual*, RT, ano 89, v.771, janeiro 2000, p.425; SILVA, Carlos Canedo Gonçalves, *Crimes políticos*, Del Rey, 1993.

A legislação brasileira sobre crimes políticos não dispõe com clareza sobre seus elementos, mas afasta qualquer possibilidade de conceituação meramente subjetiva destes, já que, ao se referir a eles destaca sempre os bens jurídicos protegidos. Assim, desde o advento do Decreto-Lei 314/67, passando por suas diversas alterações (DL 898/69 e Lei 6.620/78) até a atual Lei de Segurança Nacional 7.170/83, tem-se uma estruturação dos crimes políticos como atos que violam bens jurídicos específicos, seja a “*segurança nacional*” (definida como “*o estado de garantia proporcionado à Nação para a consecução de seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente*”³), seja a “*integridade territorial e a soberania nacional; o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; a pessoa dos chefes dos Poderes da União*”⁴, acompanhados da motivação política peculiar.

Logo, seja qual for a teoria que se adote para a definição de crimes políticos (puramente objetiva ou mista) é certo que, pela legislação pátria, a mera motivação não sustenta tal caráter, se a conduta principal ou preponderante não afetar bens jurídicos fundamentais para a estrutura política do país.

Assim entendeu esta E. Corte, em inúmeros precedentes:

“A lei não define o que seja crime político, cabendo ao intérprete fazê-lo em cada caso concreto. Filio-me à corrente dos que admitem que o crime político só pode ocorrer quando presentes os pressupostos do art.2º da Lei de Segurança Nacional, ai qual integra

³ Definição presente no Decreto-Lei 314/67, no Decreto-Lei 898/69 e na Lei 6.620/78

⁴ Lei 7.170/83, art.1º

o artigo 1º, como decidido no HC nº 73.451-RJ, in DJU de 06.06.97, e HC nº 73.452, ambos de minha relatoria.

Com a devida vênia das duas decisões da Primeira Turma referidas, não vejo nestas disposições a possibilidade de aplicação da Lei de Segurança Nacional, seja pela falta de motivação política do recorrente, seja pela falta de lesão ou ameaça de lesão aos bens que visam proteger: a materialidade da conduta deve lesar potencialmente (art.2º) ou expor a perigo a soberania nacional (art.1º), etc., fatos não cogitados nos autos". (STF, Rc 1468, Rel. Mauricio Correa, DJ 16/08/2000, sem grifos no original)".

Ou

"Subsume-se inconcebível a configuração de crime contra a segurança nacional e a ordem política e social quando ausente o elemento subjetivo que se traduz no dolo específico: motivação política e objetivos do agente.

É de repelir-se, no caso concreto, a existência de crime político, dado que não demonstrada a destinação de atentar, efetiva ou potencialmente, contra a soberania nacional e a estrutura política brasileira" (STF, HC 73451, rel. Min. Mauricio Correa, DJ 06/06/1997, sem grifos no original).

Nos autos supra, cabe destacar trecho do voto do Eminentíssimo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE:

"Certo é que, tendo em vista o direito positivo brasileiro, a Lei 7.1.70, de 1983, para que o crime seja

considerado político, é necessário, além da motivação e dos objetivos políticos do agente, que tenha havido lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no artigo 1º da referida Lei 7.170, de 1983, ex vi do estabelecido no art.2º desta. É dizer, exige a lei lesão real ou potencial à integridade territorial e a soberania nacional' (art.1º, I), ou ao regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito (art.1º, II), ou à pessoa dos chefes dos Poderes da União (art.1º, III). O tipo objetivo inscreve-se, esta-se a ver, no inciso II do art.2º, enquanto que o tipo subjetivo no inciso I do mesmo art.2º, certo que a motivação e os objetivos do agente devem estar direcionados na intenção de atingir os bens jurídicos indicados no art.1º” (voto Min. Sepúlveda Pertence no HC 73451, DJ 06/06/1997, sem grifos no original).

No mesmo sentido pronunciou-se o Eminentíssimo Ministro MARCO AURÉLIO:

“A leitura da denominada Lei de Segurança Nacional revela que o legislador pátrio combinou as teorias objetiva e subjetiva. É que, após definir, no art. 1º, os bens protegidos, dispôs que, estando também o fato previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis penais especiais, levar-se-ão em conta, para aplicação daquele Diploma, ou seja, da Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983, não só a motivação e os objetivos do agente, como também a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no art.1º” (voto Min. Marco Aurélio no RE 160841, DJ 22/09/1995, sem grifos no original).

Ainda neste julgamento posicionou-se o Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO:

“A natureza política do ilícito há de ser aferida em função, não só da motivação e dos objetivos do agente, mas, sobretudo, em face da concorrente identificação da existência de lesão real ou potencial de determinados bens jurídicos expressamente definidos pela Lei 7.170/83.

(...)

A objetividade jurídica do crime político, tal como vem este definido pela Lei n. 7.170/83, é específica, pois requer, para efeito de sua caracterização, a inequívoca constatação de que o comportamento do agente importou em vulneração efetiva ou em ofensa potencial aos valores que compõe, em suas múltiplas dimensões, a noção de segurança nacional.

(...)

Sem a identificação, necessária e precisa, desse núcleo material da ação delituosa, aferível em função dos preceitos inscritos nos arts. 1º e 2º da Lei de Segurança Nacional, não há como se atribuir índole política ao crime praticado pelo agente.

O sistema jurídico brasileiro não reconhece o delito político cuja caracterização conceitual resulte, exclusivamente, de motivação do autor da conduta criminosa.

Impõe-se, para esse efeito, que o ato criminoso também ofenda, real ou potencialmente, a segurança nacional, conceito jurídico-político este que, identificando-se nos valores referidos pelos arts. 1º e 2º, II, da Lei n.7.179/83, constitui o próprio objeto material da proteção penal dispensada pelo Estado aos bens jurídicos pertinentes à organização

institucional vigente no Brasil. (voto do Min. Celso de Mello no RE 160841, DJ 22/09/1995, sem grifos no original).

No mesmo sentido (ROC 1470, rel. Carlos Velloso), HC nº 73.451-RJ, in DJU de 06.06.97 (Rel. Min. Mauricio Correa).

Na doutrina, aponta CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO que:

*“A teoria eclética que, segundo Asúa, conta com muitos seguidores, parece conceituar com maior segurança o delito político: é o praticado contra a ordem política do Estado, contra o Estado como ente político, com base em motivação ou móvel político. Subjacente, pois, ao delito, está a motivação política, sem que se despreze, entretanto, o bem jurídico tutelado, que é o Estado como ente político”*⁵.

E LUIZ REGIS PRADO:

*“Modernamente, a doutrina majorante defende que para a caracterização do crime político faz-se imprescindível sopesar, conjuntamente, o elemento subjetivo da conduta e o bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão”*⁶.

⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva, “A extradição e seu controle pelo Supremo Tribunal Federal”, in *Terrorismo e direito*, Forense: Rio de Janeiro, 2003, p.130.

⁶ (PRADO, Luiz, Regis, op.cit., p.427)

Diante do exposto, patente que a opção interpretativa desta Corte e da doutrina, assente nos dispositivos legais mencionados, é pela teoria eclética ou mista dos delitos políticos, voltemos à Lei 6.683/79 (Lei da Anistia).

Dispõe tal norma que a anistia será concedida àqueles que praticaram **crimes políticos**. Se assentada a compreensão de que estes se caracterizam pela afetação objetiva da ordem instituída e do regime político que sustenta o Estado, ficam evidentemente excluídos os crimes praticados por servidores desta mesma ordem instituída, com o objetivo de garantir sua manutenção e a vigência de seus valores.

Se crimes políticos objetivam *“predominantemente destruir, modificar ou subverter a ordem política institucionalizada (unidade orgânica do Estado)”*⁷ por meio da turbação da segurança nacional e do modelo de Estado vigente, como apontar, sem insustentável silogismo, que os defensores oficiais desta mesma segurança, agindo para supostamente protegê-la, teriam praticados delitos desta natureza?

Em se tratando de crimes praticados por agentes de Estado no exercício de atividades repressivas, ilustrativo é o voto do Min. Célio Borja, ex-integrante desta Corte, nos autos da Extradicação 446:

“Se verdadeiras as imputações, o extraditando teria causado a morte e torturado prisioneiros confiados à sua guarda, quando no exercício de funções públicas de relevo, em seu país. Tal conduta é punível pelo direito comum, não se constituindo em crime político, mas em abuso de autoridade,

⁷ PRADO, Luiz, Regis, op.cit., p.429

conduta arbitrária, ou em agravante da pena cominada" (Ext. 446, Rel. Min. Célio Borja, DJ 07/08/1997, sem grifos no original).

Qualquer interpretação em sentido contrário consistiria em um contra-senso. Afastar o elemento objetivo da definição do delito político permitiria caracterizar como tais quaisquer atos de agentes de Estado que violem direitos humanos a pretexto de evitar transgressões à ordem. Agressões e torturas policiais em delegacias e presídios seriam crimes políticos. Homicídios e execuções sumárias praticadas em operações policiais de repressão ao tráfico de droga também, da mesma forma que os massacres do Carandiru e de Carajás. Seriam todos, se condenados, poupados dos efeitos da reincidência (CP, 64, II), e ao mesmo tempo incidiria vedação à extradição quando da prática de atos similares no exterior (CF, art. 5º, LII).

É evidente que tais ilações são absurdas. E sobre o mesmo preceito absurdo funda-se a pretensão de caracterizar os delitos praticados por agentes oficiais do governo militar, remunerados por este, contra seus opositores ideológicos, como crimes políticos, na acepção jurídica do termo.

Ademais, importa destacar que nenhum objetivo político exige a prática de atrocidades como: ameaça de atirar a vítima de avião, simulação de fuzilamento, ameaça de torturar filhos e cônjuge, estupro, criação de ruído intenso para impedir o sono, espancamento, garroteamento, afogamento, pau-de-arara, choques elétricos nos mamilos e genitais, dentre outros. Por mais que se argumente a existência concomitante de objetivo de proteger um regime totalitário, tais crimes são comuns, e como tais devem ser tratados, processados e julgados pelas autoridades competentes.

2.3 Crimes políticos afetados pela Lei de Anistia

Outra razão a sustentar este entendimento é a própria estrutura da Lei da Anistia, que dispõe em seu primeiro artigo:

“É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta ou Indireta, de funções vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares”.

É de se perceber que a Lei destaca, na primeira parte, os crimes políticos, e ao final menciona os servidores públicos punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Desta forma, os delitos e infrações perpetrados pelos agentes do regime, aos quais se estende a anistia, são restritos àqueles punidos nos diplomas especificamente indicados.

Trata-se de crimes ou ilícitos administrativos realizados por servidores insubordinados, inconformados com a ordem autoritária instituída, e, por isso, sancionados com base nas normas excepcionais apontadas, como, por exemplo, a centena de oficiais de alta patente expulsa pelo Ato Institucional n.4.

Ora, os crimes cometidos pelos agentes de repressão em prol do regime, não seriam jamais punidos pelos Atos Institucionais. Praticaram crimes comuns, e, portanto, não são beneficiados pela anistia. Tal assertiva é reforçada diante das razões de veto do Presidente da República ao trecho final do art.1º da Lei de Anistia aprovada pelo Congresso. A redação original do dispositivo, excessivamente ampla, assegurava a extinção de punibilidade dos delitos praticados por servidores públicos com fundamento em “*Atos Institucionais e Complementares e outros diplomas legais*”.

“Com efeito, observado que na redação dada ao artigo 1º os servidores civis e militares, como os dirigentes e representantes sindicais, são contemplados isoladamente sem necessária vinculação aos delitos indicados na parte inicial do artigo (delitos políticos), impõe-se compreender que, ali, a anistia cuidou particularmente das punições de conotação política impostas àqueles servidores e dirigentes – daí referir-se aos Atos Institucionais e Complementares -, afigurando-se imprópria, assim, qualquer generalização que despreze o motivo político.

Mantida na lei a expressão ora vetada, admissível seria entender que o perdão, para aquelas pessoas, desprezaria o pressuposto político da sanção, chegando ao extremo privilégio de alcançar todo e qualquer ilícito porventura cometido, independente de sua natureza e motivação” (Mensagem de Veto 267).

Os delitos ora em questão, cometidos por agentes do regime, não tem punição fundada em atos institucionais, mas no Código Penal e

no Código Penal Militar ou na legislação penal especial, razão pela qual não assiste razão à pretensão de vê-los anistiados pela Lei 6.683/79.

2.4 Extensão da Anistia aos crimes conexos

Afastada a natureza política dos delitos praticados pelos agentes da repressão, passa-se à análise do §1º da Lei de Anistia, que estende o benefício aos crimes “*conexos*” aos crimes políticos.

Estabelece a norma, em interpretação autêntica, que “*Consideram-se conexos, para efeitos deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política*” (Lei. 6.683/79, §1º do art. 1º).

A doutrina brasileira, com base no disposto nos diversos diplomas legais, especialmente no Código Penal e no Código de Processo Penal, classifica as diversas formas de conexão: (i) Conexão material: concurso formal, material ou crime continuado (CP, arts. 69, 70, 71); (ii) Conexão intersubjetiva por simultaneidade: duas ou mais infrações praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem acordo mútuo de vontades (autoria colateral) (CPP, art.76, I, primeira parte); (iii) Conexão intersubjetiva por concurso: duas ou mais infrações praticadas por várias pessoas em concurso (com acordo mútuo), embora diverso o tempo e o local (CPP, art.76, I, segunda parte); (iv) Conexão objetiva: duas ou mais infrações praticadas, quando uma delas visa facilitar ou ocultar a prática da outra (CPP, art.76, II); (v) Conexão probatória: a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influírem na prova de outra infração (CPP, art.76, III); (vi) Conexão intersubjetiva por reciprocidade: duas ou mais infrações praticadas, por várias pessoas, umas contra as outras (CPP, art.76, I, última parte).

De todas as hipóteses de conexão, apenas as duas últimas poderiam fundamentar a conexão dos crimes de repressão aos crimes políticos praticados contra o regime militar. Todas as demais exigem uma unidade de desígnios ou o mesmo sentido de conduta, o que evidentemente não acontece entre o repressor e o insubordinado.

Mas mesmo a conexão probatória e a conexão por reciprocidade não se sustentam nos casos em discussão, pois são institutos meramente processuais, cuja aplicação se presta apenas à racionalidade e à eficácia do exercício da jurisdição. São regras de competência com escopo único de unificar processos, facilitar a instrução e evitar decisões contraditórias. Por isso, não se prestam a conceituar a conexão material prevista na Lei 6.683/79.

Não faria sentido estender a anistia a um crime apenas porque a prova de sua ocorrência está ligada a outro delito beneficiado com o instituto (conexão probatória), ou porque sua realização é recíproca ao crime anistiado (conexão intersubjetiva por reciprocidade).

Ademais, em relação à última espécie de conexão mencionada, cabe destacar que sua caracterização exige a simultaneidade das agressões, no mesmo contexto fático, de forma que a reunião de feitos facilite a análise probatória e impeça decisões díspares. Ocorre, por exemplo, no caso de tumulto ou agressão entre diversas pessoas.

Assim, mesmo que este modo de conexão fosse apto a expandir a anistia aos crimes praticados por agentes da repressão militar, seria forçoso apontar a existência de simultaneidade de agressões. No entanto, tal simultaneidade não se verificou na prática dos crimes contra opositores do

regime militar. Foram ações sistemáticas, planejadas, regulares, realizadas sobre vítimas já detidas, sob a custódia dos agressores, sendo que parte delas sequer foi acusada da prática de crimes antecedentes.

Como revelar, aqui, a reciprocidade ou a simultaneidade? Haveria conexão se se tratasse, por exemplo, de conflito entre estudantes e policiais, em praça pública, com agressões mútuas. Mas não faz sentido aplicar a mesma fórmula para a prática de crimes da forma supra descrita, realizados de forma metódica por agentes treinados para tal.

Como atesta HÉLIO BICUDO

“Destarte, os delitos anistiados constituíram-se não em causas, mas em meras condições para que os agentes de Estado, fossem quais fossem, impusessem, aos sujeitos abrangidos pela lei de anistia, os tratamentos cruéis e degradantes a que foram submetidos. Então, não há entre uns e outros a pretendida conexão, que decorre de um nexo causal entre as ações praticadas por uma ou mais pessoas, objetivando um mesmo fim” (Anistia desvirtuada, RBCCrim, 53, 2005, p.92, sem grifos no original).

Esta E. Corte já se manifestou sobre o conceito de conexão, ao decidir que:

“Conexão afastada por ser meramente circunstancial a ligação entre as duas séries de infrações, a

traduzir simples critério de utilidade forense, supável pela extração de cópias” (STF, HC 75.219, rel. Octavio Galotti).

Mais contundente ainda, o Superior Tribunal de Justiça:

“Ausente a unidade de desígnios, bem como o nexu subjetivo da simultaneidade do tempo, inaplicável, à espécie, o disposto no art.76 da Lei Adjetiva Penal” (STJ, CC 10249, rel. Fernando Gonçalves).

Ora, em não havendo simultaneidade nem unidade de desígnio, é de se afastar a conexão entre crimes políticos e os atos praticados pelos agentes de repressão no período de exceção brasileiro, e, portanto, a incidência da Anistia.

Não se argumente que a conexão estabelecida na Lei de Anistia decorre da relação entre os atos criminosos de servidores do regime e sua motivação política, no sentido de preservar a própria existência do sistema político. Tal raciocínio não se sustenta por dois motivos.

Em primeiro lugar porque, como já destacado à saciedade, a mera motivação política, destacada da referência ao bem jurídico “segurança nacional” ou “ordem política” não transforma o crime comum em delito político.

Em segundo lugar, mesmo que se entenda o contrário, o critério determinante da conexão é a preponderância, pelo qual o aspecto mais expressivo do delito determina sua natureza. Assim decidiu esta E. Corte:

“É inegável a delicadeza do tema concernente aos crimes comuns conexos com os crimes políticos. Essa questão se resolve pelo critério da preponderância ou prevalência. Se os crimes comuns, dentro desse vínculo de conexão, ostentarem caráter hegemônico, porque mais eminentes e expressivos, ou subordinantes, até, da prática de ilícitos políticos, deixará de incidir qualquer causa obstativa do deferimento da postulação extradicional.

Impende assinalar, bem por isso, naquelas hipóteses em que o fato dominante – ainda que impregnado de motivação política – constitua, principalmente, infração da lei penal comum (Lei n. 6.815/80, art.7, §1º), que será lícito, a essa Corte, mediante concreta ponderação das situações peculiares de cada caso ocorrente, reconhecer a preponderância do delito comum, para efeito de deferimento do pedido extradicional” (STF, Ext. 855, Rel., Min., Celso de Mello, DJ 01/07/2006).

No mesmo sentido, STF, Ext. 615, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 05/12/1994.

Ora, por mais que fossem evidentes os motivos políticos dos crimes praticados pelos agentes da repressão, o aspecto preponderante de tais condutas será sempre a hediondez dos comportamentos. A característica que salta aos olhos, que domina estas práticas será sua perversidade e nunca os elementos políticos que eventualmente mobilizaram as agressões, de maneira que estes são consumidos pela natureza comum do crime.

Por derradeiro, mesmo que esta E. Corte entenda, apesar de toda a argumentação, que pode haver casos em que os crimes praticados pelos servidores do regime ocorreu de forma simultânea à agressão política, constituindo-se em reciprocidade (CPP, art.76, I, ultima parte) ou que a motivação política de certas condutas predomina sobre as demais, deve admitir que tal averiguação só pode ser realizada concretamente, caso a caso. É injustificável a expansão generalizada da anistia com fundamento na eventual existência de casos excepcionais, que fogem à regra geral. A análise da incidência das excludentes sobre os delitos perpetrados por agentes da repressão exige uma minuciosa avaliação do contexto fático-probatório, inviável em sede de controle abstrato.

Em síntese, requer-se o reconhecimento, por parte desta E. Corte, com base em seus próprios precedentes, na doutrina, e na legislação material e processual em vigor, da inexistência de conexividade entre os delitos praticados pelos agentes repressores do regime militar e os crimes políticos praticados no período, de forma a afastar a incidência do §1º do art.1º da Lei 6.683/79, e que as eventuais situações concretas que ensejem a aplicação destes dispositivos sejam apuradas singularmente pelos Juízos competentes para a instrução penal.

3 DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A prevalência da interpretação expansiva da Lei de Anistia, já atacada pela perspectiva conceitual, colide com inúmeros preceitos constitucionais, a ensejar pronunciamento deste E. Tribunal, como segue:

3.1 Dos preceitos fundamentais violados

A Constituição Federal repudia expressamente os crimes de terrorismo (CF, art.4º, VIII), a tortura (CF, art.5º, III) e o tratamento desumano e degradante (CF, art.5º, III), considerando os dois primeiros inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, e equiparando-os aos crimes hediondos (CF, art.5º, XLIII). Ao mesmo tempo, determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (CF, art.5º, XLI).

O repúdio da sociedade brasileira a tais práticas ensejou sua caracterização, já no texto Constitucional, como condutas merecedoras de reprovção extraordinária, e tal desvalor fixa os parâmetros de interpretação da legislação ordinária.

Os atos praticados pelos agentes do regime militar contra seus opositores constituíram-se em uma gama de atrocidades indescritível, dentre as quais a tortura e atos odiosos e sistemáticos destinados a arrefecer qualquer contestação ao modelo político em vigor, como estupros, homicídios, ocultação de cadáveres. Tal descrição remete aos comportamentos de intensa reprovção inculpidos na Constituição Federal: tortura e terrorismo.

No que se refere à tortura, não resta dúvida. O encarceramento de militantes políticos, o uso de choques elétricos, a prática de abusos sexuais, dentre outras modalidades já descritas, causando intenso e indelével sofrimento físico e moral, consubstancia a prática de tortura.

Por outro lado, atos como a execução sumária de dissidentes a organização de atentados de perigo comum, com potencial de

afetar indiscriminadamente a população civil, como forma de inibição de oposição ou de contra propaganda política, são a clara expressão do terrorismo de Estado, a forma mais covarde de terrorismo de que se tem notícia.

Sobre o caráter terrorista de tais condutas, já se manifestou esta E. Corte, em lapidar voto de lavra do Min. CELSO DE MELLO:

“O estatuto da criminalidade política não se revela aplicável nem se mostra extensível, em sua projeção jurídico-constitucional, aos atos delituosos que traduzem políticas terroristas, sejam aquelas cometidas por particulares, sejam aquelas perpetradas com o apoio oficial do próprio aparato governamental, à semelhança dos que se registrou, no Cone Sul, com a adoção, pelos regimes militares sul-americanos, do modelo desprezível do terrorismo de Estado.” (STF, Ext. 855, Rel., Min., Celso de Mello, DJ 01/07/2006, sem grifos no original).

Também assinala a doutrina:

“o terrorismo de Estado, portanto, deve ser tido como a conduta de determinado regime de governo, sistematicamente violenta, de modo a atingir direitos e garantias de cada indivíduo (embora não necessariamente de todos ou da maioria) e da coletividade (ou de parcela dela), com o fim de manter a qualquer custo esse regime” (GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes, *Tratamento penal do terrorismo*, Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.38).

Como já mencionado, o terrorismo não foi objeto de tipificação específica pelo legislador ordinário, mas sua conceituação importa para estabelecer parâmetros jurídicos que tem reflexo na presente pretensão. Ninguém pode ser condenado criminalmente pela prática de terrorismo, por ausência de preceito legal incriminador, mas apontar o caráter terrorista de uma conduta afasta sua natureza de crime político, o que, por consequência, não impede a extradição do agente (quando presentes seus pressupostos) e afasta a extinção de punibilidade pela anistia concedida pela Lei 6.683/79, como pretende a argüição.

Caracterizados os atos dos agentes de repressão como tortura e terrorismo, não há possibilidade de interpretar a Lei de Anistia de forma a beneficiá-los sem macular a firme e cogente determinação constitucional de desvalorar e reprimir tais condutas, revelada nos dispositivos já apontados.

Não se argumente que o rechaço à tortura e ao terrorismo de Estado são novidades trazidas pela Constituição de 1988, e, por isso, não seriam aplicáveis para interpretar Lei promulgada antes de sua vigência. A Constituição anterior já dispunha em seu art.153 a garantia do *“respeito à integridade física e moral do detento”* (§14), e mesmo antes de sua vigência o Brasil já havia aderido a tratados e convenções pelos quais se obrigava a coibir a tortura e violações aos direitos fundamentais.

Tome-se, como exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que, em seu artigo V dispõe que *“ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”*, ou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), que, em seu artigo 7 dispõe que *“ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis,*

desumanos ou degradantes". Cumpre frisar, ainda, que desde 1952 o Brasil incorporou ao seu ordenamento a Convenção para a Prevenção do Crime de Genocídio, que adjetiva a prática de assassinato ou atentado à integridade física e mental de membros de grupos determinados como "*flagelo*" que os países signatários devem "*prevenir e punir*" (arts. 1º e 2º da Convenção, incorporada pelo Decreto 30.822/52).

Some-se, a estes, a ampla gama de tratados aprovados e inseridos no ordenamento pós Constituição de 1988, abaixo arrolados de forma exemplificativa, e tem-se um complexo normativo denso o bastante para rechaçar a interpretação ampla da Lei de Anistia, seja sob a perspectiva do ordenamento atual (momento em que se realiza a interpretação) seja sob aquela da anterior ordem constitucional.

- **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose)**, incorporada em 1992, que veda a pena de morte por crimes políticos (art.4º, 4), a vedação à tortura (art.5º, 2), a detenção arbitrária (art.7º, 3), e assegura liberdade de consciência e pensamento (arts. 12 e 13).
- **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**, incorporada em 1991.
- **Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**, incorporado em 2007.
- **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**, incorporado em 2002, que prevê a tortura como crime

contra a humanidade (art.7º, 1, “f”), bem como a agressão sexual (art.7º, 1, “g”) e a perseguição de grupos ou coletividades (art.7º, 1, “h”) e o desaparecimento forçado de pessoas (art.7º, 1, “i”).

Independentemente do *status* hierárquico dos tratados internacionais incorporados, tema de viva e intensa discussão, resta pacífica sua plena validade normativa (ainda que em caráter ordinário) e, conseqüentemente, sua condição de orientar a interpretação do sentido de outras leis, de forma a garantir a sistematicidade e coerência interna do ordenamento jurídico, tanto atual quanto pretérito.

Caso a Lei de Anistia concedesse expressamente a extinção de punibilidade aos agentes do regime militar quando da prática da tortura e de terrorismo, já seria necessário um esforço hermenêutico intenso para afirmar sua compatibilidade com os preceitos constitucionais atuais e anteriores, e com as obrigações normativas assumidas pelo Brasil diante da comunidade internacional.

Porém, nem tal dificuldade se apresenta! A Lei de Anistia não declara, em parte alguma, que seus benefícios abarcam a prática de atos de tortura ou terrorismo de Estado praticados durante o regime militar. Não há um trecho sequer que disponha sobre tal abrangência. Se tais efeitos não constam da lei, sua existência no plano jurídico exigiria interpretação extensiva ou analógica. Ocorre que tal interpretação, como exposto, contraria frontalmente preceitos constitucionais, legais e desconsidera toda a gama de obrigações assumidas pelo Brasil perante a comunidade internacional.

Importa, portanto, destacar de forma contundente: **não é possível suprir a lacuna da lei, e ampliar sua abrangência analogicamente,**

por interpretação que contrarie frontalmente o texto da Constituição Federal, afastando a punição de crimes cuja reprovação é expressamente prevista na Lei Maior e em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Tal interpretação seria, portanto, contrária ao próprio texto legal, cujo sentido semântico sempre acompanha o sentido das normas constitucionais. Assim, além de violar o conteúdo material dos preceitos evocados, restaria maculado o princípio da legalidade e a própria independência do Legislativo (CF atual, art.2º; EC n.01/69, art.6º), concretizada, no caso pela competência para decidir pela conveniência da concessão de anistia, e determinar seus limites e contornos. Importa ressaltar que tal atribuição revela-se na Constituição atual (CF, art.48, VIII) como na anterior (art.43, VIII).

A interpretação judicial que extrapole o âmbito de abrangência normativo fixado pelo Legislador, ampliando-o para além do teor literal da norma, em sentido contrário aos preceitos constitucionais, afeta a separação dos Poderes e a legalidade, causando insegurança jurídica, o que deve ser prontamente rechaçado por esta Corte em sede de controle concentrado.

Aceitar a anistia a tais delitos, em afronta aos preceitos assinalados impede, ainda, que o Ministério Público exerça suas funções institucionais e promova a ação penal pública pertinente (CF, art.129, I), ou que as vítimas promovam as ações penais privadas nos casos cabíveis, mitigando seu direito de acesso à Justiça, também constitucionalmente previsto (CF, art.5º, XXXV).

Importa destacar, *ad argumentum*, que o advento da Emenda Constitucional n.26, de 1985, que constitucionalizou as regras de anistia previstas na Lei em comento, não teve o condão de legitimar sua interpretação expansiva aos agentes do regime militar. Em primeiro lugar porque o texto repete, em linhas gerais, aquele previsto na Lei 6.683/79, sem inovações substanciais no ponto que ora se discute, portanto, não dá ensejo a nova leitura da abrangência da exclusão de punibilidade. Em segundo lugar porque as alterações constitucionais devem observar, quanto a seu conteúdo, os preceitos vigentes no texto original, de forma que ficou mantida a incompatibilidade da expansão das fronteiras de anistia com os princípios então vigentes e já expostos.

Não se argumente que a interpretação restritiva da Lei de Anistia, que exclui de seu âmbito a prática de tortura e terrorismo, impediria a concessão da extinção de punibilidade aos militantes políticos opositores do regime pelos crimes perpetrados.

Em primeiro lugar, não há relato algum de que os opositores do regime tenham praticado tortura ou tratamento degradante a quem quer que seja. Como já mencionado, tais condutas não tem relação alguma com o caráter político dos delitos eventualmente praticados, e caso se verifique o uso de tortura por parte da resistência à ditadura, ela deve ser apurada, sem a incidência da anistia aqui também.

Por outro lado, não se pode afirmar que os atos de resistência ao regime e de luta pela democracia, ainda que armada, são equiparados aos terroristas, e por isso não beneficiados com a anistia. Terrorismo é o ato atentatório à paz pública contrário ao Estado de Direito, com

objetivo de aterrorizar a população civil com métodos de violência indiscriminada, como já decidiu esta E. Corte:

“O terrorismo – que traduz expressão de uma macrodelinquência capaz de afetar a segurança, a integridade e a paz dos cidadãos e das sociedades organizadas – constitui fenômeno criminoso da mais alta gravidade, a que a comunidade internacional não pode permanecer indiferente, eis que o ato terrorista atenta contra as próprias bases em que se apóia o Estado Democrático de Direito, além de representar ameaça inaceitável às instituições políticas e às liberdades públicas, o que autoriza a excluí-lo da benignidade de tratamento que a Constituição do Brasil (art.5º, LII) reservou aos atos configuradores da criminalidade política” (STF, Ext. 855, Rel., Min., Celso de Mello, DJ 01/07/2006, sem grifos no original).

A insubordinação contra o Estado Totalitário instituído no Brasil não pôs em risco o Estado de Direito, mas, pelo contrário, buscou instituí-lo. Não objetivou instaurar o pavor e a desordem, mas uma ordem distinta, plural, com respeito às liberdades públicas. E, por fim, não se dirigiu contra a população civil, mas contra alvos específicos, representativos do regime ditatorial.

A própria Constituição prevê que *“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado de Direito”* (CF, art.5º, XLIV), deixando transparecer que o cerne da conduta criminoso é o fato de atentar contra o Estado de Direito.

Ora, não se pode afirmar que os atos de resistência ou insubordinação ao regime militar “*atentam contra as bases em que se apóia o Estado Democrático de Direito*” ou que ameacem “*as liberdades públicas*”, quando ambos inexistem em períodos de exceção e os comportamentos visavam justamente restabelecer tais valores. Tratava-se de insurgência com o escopo de materializar a democracia e o pluralismo político, valores protegidos pela Constituição Federal atual (CF, art. 1º *caput* e V, art.3º, I, art.5º, XLIV, art.17, art.23, I, art.34, VII, “a”, art.206, III) e pela Constituição Federal anterior (art.151, I, art. 152, art.153, §8º).

Logo, tratava-se de crime político, afeito à anistia, e não de terrorismo. Como ensina a doutrina:

“o terrorismo não se confunde com o crime político nem pode ser a ele equiparado. E isso porque o delito terrorista revela tal crueldade – sobretudo na seleção de meios executórios (capazes de produzir efeitos físicos, fisiológicos e psicológicos gravíssimos) e na forma de sua utilização – que conduz à inevitável defesa não deste ou daquele Estado, mas de toda a comunidade internacional de seus efeitos altamente lesivos.

(...)

O terrorismo é delito que atenta contra direitos fundamentais do ser humano, plasmados no texto constitucional e reconhecidos como esteio da ordem política e da paz social. De conseguinte, compromete a estabilidade do próprio Estado de Direito”⁸.

⁸ PRADO, Luiz, Regis, op.cit., p.439

Ou

*“O terrorismo, ao contrário do crime político, se afasta do motivo efetiva e exclusivamente político e da ação dirigida contra a ordem política, já que seu propósito é o de ocasionar o **terror, a intimidação, o temor** na comunidade atacada, em particular, e na sociedade atingida, em geral.”*
(GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes, *Tratamento penal do terrorismo*, Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.77).

A resistência ao estado de exceção, à tirania não atenta contra direitos fundamentais, não visa o terror. Trata-se de ato político, e, no caso, com o escopo legítimo de desestabilizar um regime autoritário e substituí-lo pelo Estado de Direito.

Percebe-se, então, distinção substancial entre os delitos praticados pelos opositores do regime militar (crimes políticos) e aqueles perpetrados pelos agentes de repressão (tortura e terrorismo de Estado), razão pela qual a anistia prevista pela Lei 6.683/79 atinge os primeiros e exclui os últimos, única interpretação coerente com os preceitos desta e da Constituição anterior.

3.1 Da inadmissibilidade da auto anistia

Além de afrontar os preceitos constitucionais em vigor e pretéritos, a interpretação extensiva da Lei de Anistia contrasta com o princípio

da moralidade e com os parâmetros éticos estabelecidos no ordenamento nacional e em documentos jurídicos internacionais.

Isso porque validar a expansão da extinção de punibilidade aos agentes do regime militar implica legitimar a auto-anistia. A elaboração de normas legais, em estados de exceção, que eximem seus próprios integrantes da persecução penal, é condenável sob a perspectiva ética, e sob o prisma da moralidade dos atos legislativos e administrativos. As normas de auto-anistia, pelo pesado vício de proibidade que carregam, não ostentam validade jurídica, e o mesmo pode ser afirmado sobre qualquer interpretação da Lei de Anistia nesse sentido.

Sobre este aspecto, cumpre trazer o voto de Eugenio Raúl ZAFFARONI, magistrado da Suprema Corte argentina, que declarou a inconstitucionalidade das leis de anistia daquele país:

“Que no es válido el argumento que quiere legitimar la ley 25.779 invocando el antecedente de la ley 23.040 de diciembre de 1983, referida al acto de poder número 22.924 de septiembre de ese mismo año, conocido como “ley de autoamnistía”. En realidad, esa llamada “ley” ni siquiera era una “ley de facto”, porque no podría considerarse tal una forma legal con contenido ilícito, dado que no era más que una tentativa de encubrimiento entre integrantes de un mismo régimen de poder e incluso de una misma corporación y del personal que había actuado sometido a sus órdenes.⁹”

⁹ Recurso de hecho s 1767, XXXVIII

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, com jurisdição reconhecida pelo Brasil (DL 89/98, promulgada pelo Decreto 4463/02), já consolidou entendimento sobre a nulidade de leis de auto-anistia, oferecendo importante indicativo que referenda a interpretação aqui esposada.

Veja-se, nesse sentido, a festejada decisão da Corte no caso conhecido por Barrios Altos¹⁰:

“Esta corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos, tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por contrapor direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

Na mesma linha, a decisão no caso Almonacid Arellano e outros vs Chile¹¹:

“119. Leyes de amnistía con las características descritas (supra párr. 116) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que

¹⁰ Serie C, n.75, Chumbipuma Aguirre e outros vs Peru. Sentença de 14 de março de 2001

¹¹ Serie C, n.154, Almonacid Arellano e outros vc Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006

son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado (47). En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile (48).

No mesmo sentido, inúmeros outros julgados da Corte ou da Comissão podem ser mencionados, como o Caso Ignácio Ellacuría, S.J. e outros vs. El Salvador (Rel. 369/99, Caso 10.488) e Caso La Cantuta vs. Peru (Série C, n.162).

Revela-se robusta a reprovação, por parte da comunidade internacional, a leis que anistiam agentes de regimes totalitários pela prática dos atos mais vis, como a tortura e outros já elencados. Vale mencionar, por derradeiro, trecho do voto do Ministro da Suprema Corte Argentina, quando da declaração da inconstitucionalidade das leis de anistia daquele país:

14) Que conforme al criterio de aplicación obligada sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos", ratificado en todas las sentencias que cita el dictamen del señor Procurador General, las mencionadas leyes no pueden producir ningún efecto según el derecho internacional regional americano,

pero además esas leyes también resultan violatorias del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, lo que importa que **no sólo desconocen las obligaciones internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino incluso las de carácter mundial**, por lo cual se impone restarle todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de éstas pudiera surgir para la investigación y avance regular de los procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio de la Nación Argentina.

Que la verdadera legitimación de esta norma se esgrime varias veces en el debate legislativo, pero no se la destaca suficientemente ni se extraen de ella las consecuencias jurídicas que inevitablemente se derivan con formidable gravedad institucional. Se trata nada menos que de la puesta en cuestión de la soberanía de la República Argentina. **Quienes pretenden que la República desconozca sus obligaciones internacionales y mantenga la vigencia de las leyes de marras, invocan la soberanía nacional y rechazan la vigencia del derecho internacional como lesivo a ésta, cuando el derecho internacional reconoce como fuente, precisamente, las soberanías nacionales: ha sido la República, en ejercicio de su soberanía, la que ratificó los tratados internacionales** que la obligan y la norma que la sujeta a la competencia plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sobre estos conceptos, Hermann Heller, *La soberanía, Contribución a la teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional*, UNAM, México, 1965). Hoy las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía, le imponen que ejerza la jurisdicción, claro atributo de la propia soberanía, so pena de que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta, o sea, que si no la ejerce en función del principio territorial entra a operar el principio universal y cualquier país puede ejercer su jurisdicción y juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos

*en territorio nacional por ciudadanos y habitantes de la República.*¹²

Não restam dúvidas sobre a posição da comunidade internacional sobre a anistia para agentes da repressão em governos totalitários, respaldadas por recente movimento judicial em países da América Latina rechaçando leis dessa natureza (Argentina, Chile, Peru e Guatemala).

Se o Brasil, em livre manifestação de sua soberania, incorporou obrigações internacionais em que se obriga a proteger valores humanitários essenciais, deverá, no momento de interpretar judicialmente o sentido de suas leis, levar em consideração estes mesmos valores. E o sentido, no caso em questão, é rechaçar a anistia àqueles que perpetraram atos bárbaros durante a vigência de um regime ditatorial, possibilitando que o Poder Público, através do regular processo legal, apure fatos e responsabilidades.

Vale mencionar, mais uma vez, que respeitar tais posições não implica abdicar do conteúdo das normas brasileiras, que nunca anistiarão expressamente os agentes do regime. Basta, para tal, conceder a interpretação conforme a própria Carta Constitucional, como requerido na inicial da ação em comento.

3.4 Do direito à informação e à verdade

Por derradeiro, cumpre observar que a malsinada interpretação da Lei de Anistia ora em questão afeta o direito à informação dos cidadãos brasileiros sobre os atos cometidos durante o período de exceção (CF, art.5º, XIV e XXXIII). Viola o direito à informação das vítimas ou familiares

¹² Eugenio Raul Zaffaroni, Recurso de hecho s 1767, XXXVIII

sobre a identidade dos algozes, o contexto dos fatos, o paradeiro de corpos, e o direito da sociedade como um todo de conhecer a verdade acerca do ocorrido.

A extinção da punibilidade impede a abertura de atos investigatórios para apuração de autoria e materialidade dos delitos cometidos por agentes de Estado, a apuração dos contexto em que foram cometidos, e a cadeia de comando que envolve cada uma das violações perpetradas. Inviabiliza o reconhecimento do grau de envolvimento oficial do Estado brasileiro com a barbárie, relegando à obscuridade fatos cujo registro é imprescindível para a construção de um futuro democrático para esta nação.

Para virar uma página, é necessário escreve-la, trazer à luz seus termos e conteúdo. E essa operação se torna impossível sem informação, sem a competente persecução penal dos agentes de Estado envolvidos nos fatos. Não se diga que um processo civil de indenização supre esta lacuna, porque neste falta a iniciativa oficial, carece-se de interesse público, limita-se a controvérsia à questão patrimonial, quando esta é maior, mais ampla, porque envolve o direito da coletividade à verdade e à informação sobre o que realmente ocorreu no período militar.

Já em 1991, M.L. Jonet apontava, em informe sobre a impunidade dos autores de violações dos direitos do Homem, Civis e Políticos para a Comissão de Direitos Humanos da ONU, que:

*“El derecho a saber no se trata de un simple derecho individual que tiene la victima o sus familiares a conocer la verdad sobre las circunstancias em que se cometieron las violaciones de los derechos que los afectó: **se trata también del derecho colectivo a la verdade que encuentra su origen***

em la historia para impedir que las violaciones a los derechos comprobadas se puedan repetir em el futuro” (in ZUPPI, Alberto Luis, *Leyes de amnistia e impunidad de crímenes de lesa humanidad*, in Nueva Doctrina Penal, Argentina, 2008, p.462)

Art.5º XIV

Como atesta GILMAR MENDES, em frase lapidar de seu “Curso de direito constitucional”, ao tratar da Emenda n.1 da Constituição de 1967, promulgada justamente no período de exceção sobre o qual tratamos:

“Ainda assim, até porque a História se faz com documentos, embora impingida aos brasileiros ‘de cima para baixo’ – como o foram as Cartas de 1824 e 1937 – nem por isso, para o bem ou para o mal, a Emenda n. 1 à Constituição de 1967 há de ser apagada da nossa experiência constitucional. Recolhida ao museu das antiguidades, servirá como testemunho de uma época que, apesar de obscura, todos devem conhecer, quando mais não seja, para evitar que a história se repita...”
(p.179).

É justamente o “conhecer” para “evitar que a história se repita” o direito constitucional que se quer assegurado com o acolhimento da presente pretensão. E conhecer exige apuração prévia, investigação dos fatos, interesse oficial (do Ministério Público) na verdade, factíveis apenas pela persecução penal.

Como ensina Luis Armando BADIN, em densa tese sobre o tema:

*“É importante desde o início ressaltar que tais normas não impõem ao Poder Público apenas uma obrigação passiva de permitir o acesso a documentos administrativos, como se se tratasse de um simples direito de crédito do cidadão contra o Estado, cujo adimplemento pode ser exigido por meio do processo judicial ou administrativo. As normas constitucionais sobre acesso à informação só alcançam seu sentido pleno se compreenderem também a prescrição de um dever objetivo de agir positivamente para informar o cidadão de maneira clara, acessível, exata e honesta.”*¹³

Tal dever positivo tem sido o objetivo do governo brasileiro, por meio de importantes atuações, das quais se destaca o “Projeto Direito à Memória e à Verdade”, coordenado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos, que leva adiante inúmeras ações no sentido de reconstruir os fatos e expor a verdade sobre o ocorrido nos trágicos anos ditatoriais. Ao mesmo tempo, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados doou todos os documentos referentes à Guerrilha do Araguaia que continha em seus arquivos para a Comissão de Anistia.

No entanto, a informação “clara, acessível, exata e honesta” não será efetiva sem a apuração judicial dos fatos, sem os instrumentos de investigação próprios da persecução penal, sem a participação ativa do Ministério Público representando a coletividade e o direito difuso à memória e à verdade, de forma que a interpretação extensiva da Lei de Anistia, se não

¹³ *O direito fundamental à informação em face da segurança do Estado e da sociedade.* Tese defendida e aprovada na Faculdade de Direito da USP, sob a orientação do Prof. Fábio Konder Comparato, em 2007. Não publicada.

rechaçada por ferir preceitos constitucionais elencados no item anterior, deve ser afastada pela mácula que impõe ao direito à informação.

4. PRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES NÃO ABRANGIDOS PELA LEI DE ANISTIA

Poder-se-ia argumentar que a presente discussão carece de utilidade prática, vez que os crimes praticados pelos agentes do regime militar estariam já prescritos, e eventual decisão desta Corte acolhendo a ação de arguição em pauta apenas transformaria a natureza da extinção de punibilidade, de anistia para prescrição.

No entanto, tal raciocínio não prospera por dois motivos.

4.1 Imprescritibilidade dos crimes de tortura e lesa humanidade

A Constituição de 1988 determinou que são imprescritíveis os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CF, art. 5º, XLII e XLIV),

Esta Corte, por sua vez, já se posicionou no sentido de que a cláusula de imprescritibilidade prevista na Constituição se justifica em razão da grave lesão aos direitos humanos que está contida nos crimes mencionados, o que não pode ser tolerado em um Estado Democrático de Direito:

“7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsioidade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei

memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. (...)

15. *"Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.* 16. *A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem."* (STF, HC 82424/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Rel. p/ Acórdão. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno, DJ 19-03-2004 PP-00017, EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

De acordo com as normas de direito internacional incorporadas em nosso ordenamento jurídico, todo crime que implica uma grave violação aos direitos humanos deve ser considerado um crime contra a humanidade.

A definição de crimes contra a humanidade foi expressa pela primeira vez no Estatuto de Nuremberg, que os define como *"atos desumanos cometidos contra a população civil, a perseguição por motivos políticos, o homicídio, o extermínio e a deportação, dentre outros."* Posteriormente, no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, e foi promulgado pelo Brasil

e inserido no ordenamento jurídico com o Decreto nº 4.388, de 2002, esta definição foi aperfeiçoada:

“1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;*
- b) Extermínio;*
- c) Escravidão;*
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;*
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;*
- f) Tortura;*
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;*
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;*
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;*
- j) Crime de apartheid;*

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental”.

A partir desta definição fica evidente a caracterização dos crimes comuns cometidos pelos militares durante o período da ditadura como crimes contra a humanidade. É certo que os homicídios, torturas, seqüestros (ou desaparecimento forçado de pessoas, para utilizar os termos da lei) e agressões sexuais foram cometidos em um *quadro de ataque, generalizado ou sistemático, contra uma determinada população civil*, qual seja, a de opositores ao regime.

Segundo princípio de direito internacional os crimes de lesa humanidade são imprescritíveis. Este princípio consta da Resolução 2332 (XXII), de 18 de dezembro de 1967, da Assembléia Geral das Nações Unidas, que reconhece a necessidade de afirmar em direito internacional, por meio de uma convenção, o princípio da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa humanidade, para assegurar sua aplicação universal. A resolução adverte ainda que a aplicação aos crimes de guerra e aos crimes de lesa humanidade das normas de direito interno relativas à prescrição dos delitos ordinários suscita grave preocupação na opinião pública mundial, pois impede a persecução e a punição das pessoas responsáveis por estes crimes¹⁴.

Nota-se que se trata de princípio já vigente na ordem jurídica mundial à época dos fatos ora em debate.

Posteriormente entrou em vigor em 1970, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a

¹⁴ O texto integral da Resolução 2338 está disponível em espanhol no link: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/240/15/IMG/NR024015.pdf?OpenElement>

Humanidade¹⁵. Esta convenção define que são imprescritíveis os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

No âmbito do direito internacional convém destacar ainda a **Convenção Americana de Direitos Humanos**, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 06.11.92 e o **Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos**, de 16.12.1966, promulgado pelo Decreto nº 592, de 06.06.92, que estabelecem que “ninguém poderá ser submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”; e a **Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes**, de 10.12.1984, também ratificada em 1989 pelo Brasil, promulgada pelo Decreto n.º 40, de 15.02.91.

Uma das obrigações assumidas pelo Brasil na Convenção Americana de Direitos Humanos foi a de alterar a sua legislação interna e de adotar providências materiais para tornar efetivos os direitos neles previstos.

Está claro, portanto, que o Brasil se comprometeu a combater os crimes contra a humanidade, e a tortura em particular, e a declaração da imprescritibilidade destes ilícitos estará em consonância com o ordenamento jurídico internacional.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que é inaplicável a prescrição nos casos de violações muito graves de direitos humanos. Esta Corte também afirmou expressamente que a penalização dos crimes contra a humanidade é obrigatória de acordo com o direito internacional

¹⁵ Texto integral da convenção disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/genocidio/conv68.htm>

geral¹⁶, de forma que é perfeitamente possível a persecução penal àqueles que praticaram atos de repressão política, dada a natureza de tais atos e o repúdio social que tornam imprescritível e imperdoável tal prática.

4.2 Inviabilidade de tratar da prescrição na presente arguição

Mesmo que esta E. Corte não entenda pela imprescritibilidade dos delitos em tela, deve reconhecer que, dada a variedade de práticas inseridas sob a denominação “*atos de repressão militar*”, não se faz possível determinar a ocorrência do prazo prescricional para todas elas, de forma geral, sem a apurada instrução processual penal competente.

Os crimes de homicídio, violência sexual e lesões corporais são crimes de resultado lesivo imediato, com data de início do prazo de prescrição evidente. Por outro lado, o crime de seqüestro e de homicídio com ocultação de cadáver (desaparecimento) exigem um esforço mais apurado para o reconhecimento da prescrição, ou porque são crimes permanentes (no primeiro caso) ou porque a data do suposto homicídio conseqüente do desaparecimento não foi fixada. Como afirmar a prescrição em tais casos, sem a apuração do contexto fático, a produção de provas, a oitiva de testemunhas, a verificação da existência de eventual sentença cível reconhecendo a morte presumida, com a data provável do falecimento no caso do desaparecimento?

Ressalte-se, por fim, que há diferença significativa entre declarar extinta a punibilidade pela anistia e pela prescrição. Na primeira há uma manifestação formal do Estado brasileiro de perdoar os atos em comento,

¹⁶ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano e outros X Chile

uma opção política pela abdicação do direito de punir. Na segunda, reconhece-se a omissão do Poder Público, que enseja até mesmo a responsabilidade do Estado pela desídia de seus agentes. Tal distinção, por si só, já justifica o enfrentamento da questão por esta Corte.

Pelo exposto, não há relação entre a fixação do âmbito da Lei de Anistia, com a exclusão dos crimes de repressão militar do benefício, e a discussão sobre eventual extinção da punibilidade por prescrição, que se fará caso a caso, no Juízo competente, diante da natureza de cada delito perpetrado.

4 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, a Associação Juizes para a Democracia espera ter colaborado com esta Corte, com informações e argumentos, para o julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental em tela.

Importa destacar, por derradeiro, que a intenção desta Associação, assim como de boa parte da sociedade civil que deseja rever a interpretação da Lei em comento não é meramente punitiva. Não há desejo de vingança, nem se acredita que a incidência do direito penal terá o condão de reparar o sofrimento das vítimas, seus familiares, amigos, e de toda a comunidade que acompanhou tais atrocidades.

O objetivo central é obter, desta E. Corte, do Tribunal Constitucional brasileiro, o reconhecimento do caráter imperdoável e injustificável de determinadas condutas, com o escopo de evitar sua repetição no futuro. Almeja-se evitar tais atrocidades, cometidas sempre em períodos excepcionais, por agentes certos de sua impunidade, escorados pelo silêncio

compromissado de um regime totalitário, e pelo silêncio omissivo de um regime democrático posterior.

Enfrentar esta questão, postergada por tanto tempo, visa consolidar de uma vez por todas os valores democráticos e humanitários no seio da sociedade brasileira. Em pesquisa recente, Kathryn Sikkink, especialista em direitos humanos de Minnesota apontou que, dentre 100 países que nos últimos 10 anos passaram por regimes totalitários, aqueles que julgaram e puniram o desrespeito a direitos fundamentais apresentam atualmente menor índice de violações deste gênero por autoridades policiais e outros agentes de estado¹⁷.

A reconciliação nacional e a pacificação política não podem justificar o olvido, o esquecimento daqueles atos praticados para reprimir quem ousava discordar da ideologia oficial. É por esta razão que os magistrados comprometidos com os valores de um Estado Democrático, pela primeira vez, apresentam suas posições em Juízo, na esperança de contribuir para uma decisão que engrandeça este País perante a comunidade internacional, e, mais importante, perante a própria sociedade brasileira.

¹⁷ Revista Caros Amigos, ano XII, n.138, p.31

Diante de todo o exposto, a Associação Juizes para a Democracia pede e espera que este Egrégio Tribunal julgue procedente o pedido formulado, declarando a interpretação conforme a Constituição da Lei 6.683/79 no sentido pretendido pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Brasília, 26 de novembro de 2008.

DALMO DE ABREU DALLARI

OAB/SP 12.589

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

OAB/SP 163.657

IGOR TAMASAUSKAS

OAB/SP 173.163