

ANISTIA, INIMIGO E JUDICIÁRIO: (IM) POSSIBILIDADES DO ACORDO POLÍTICO NO ESTADO DE EXCEÇÃO*

AMNESTY, ENEMY AND JUDICIARY: THE (IM) POSSIBILITES OF A POLITICAL AGREEMENT IN THE STATE OF EXCEPTION

ANDRÉA REGINA DE MORAIS BENEDETTI**

RESUMO

O artigo analisa a necessidade de revisão da Lei da Anistia no Brasil, a partir do voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153. Utiliza a tese do Direito Penal do Inimigo e sua incompatibilidade com as premissas da dignidade humana. Descreve decisões judiciais recentes sobre o tema da Anistia no Brasil. Adota a metodologia hipotético-dedutiva, utilizando como técnicas estudos bibliográficos nacionais e estrangeiros e análise teórica. O texto se estrutura em quatro partes: uma descrição sumária de pontos importantes da doutrina do Direito Penal do Inimigo; uma análise instrumental da dignidade humana e de conceitos de Justiça de Transição; a discussão dos argumentos em torno de um (im)possível acordo político que teria precedido a aprovação da Lei de Anistia no país e; a descrição de recentes decisões judiciais contrárias à revisão da Lei de Anistia. Conclui pela necessidade de revisão da Lei de Anistia no Brasil e que o Poder Judiciário perdeu importante oportunidade de proteger direitos fundamentais, em sintonia com a guarda da Constituição. Entende, ainda, serem

ABSTRACT

This article analyzes the need for the review of Brazil's Amnesty Law, through the opinion of Justice Eros Grau in the decision rendered in ADPF 153. The article uses the thesis of the Criminal Law of the Enemy and its incompatibility with the premises of human dignity. It describes recent court decisions on the subject of Amnesty in Brazil. For this, the hypothetical-deductive method is adopted, using techniques such as domestic and foreign bibliographic studies and theoretical analysis. The text is divided into four parts: a summary of important points of the Criminal Law of the Enemy's doctrine; an instrumental analysis of human dignity and Transitional Justice concepts; a discussion about the possibility of the supposed "political agreement" that would have preceded the adoption of the Amnesty Law and; the description of recent judicial decisions contrary to the revision of the said law. It concludes in favor of the law revision and states that the judiciary has lost an important opportunity to protect fundamental rights, in line with the Constitution safeguarding. Finally, it concludes

* Artigo escrito sob orientação da professora doutora Tatyana Scheila Friedrich

** Doutoranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Docente da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul (NUPESUL). E-mail: deiabenedetti@hotmail.com.

necessárias reformas institucionais e mudanças de postura no Poder Judiciário, de modo a se harmonizar com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Anistia. Revisão. Poder Judiciário. Reformas. Inimigo.

that institutional reforms are necessary, as well as changes of posture in the Judiciary, in order to harmonize the subject approach with the International Human Rights Law.

KEYWORDS: Amnesty. Revision. Judiciary. Reforms. Enemy.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil viveu uma ditadura militar entre 1964 e 1985. Calcula-se que cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos primeiros meses da ditadura, outras 10 mil teriam vivido no exílio. Desapareceram sindicalistas e jovens ativistas políticos. Mais de 400 pessoas foram mortas ou desapareceram e, milhares, foram torturadas ou submetidas a outros abusos graves. Os números exatos, contudo, jamais serão contabilizados.

No apagar do regime foi aprovada a Lei de Anistia (nº 6.683/79) aos crimes políticos e também militares. Em abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil julgou ação em que buscava a revisão desta lei. Decidiu que a lei anistiou também os torturadores, que atuaram contra movimentos de resistência à ditadura militar. Em novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que possui jurisdição obrigatória no Brasil, deu interpretação contrária ao Supremo Tribunal Federal. São duas decisões válidas sobre a anistia brasileira, com determinações contrárias.

Noutra margem, o reconhecimento da dignidade humana enquanto valor fundante do Estado Democrático de Direito é base, não só do movimento envolvendo a anistia, mas também do Direito Internacional dos Direitos Humanos. De encontro a este valor vem a doutrina do Direito Penal do Inimigo que, ao permitir diferenciações e gradações entre o inimigo e o cidadão (ou seja, ao *diferenciar* seres humanos), parece não favorecer o caminho de determinação e garantia efetiva dos direitos humanos fundamentais.

Frente a este cenário, o presente estudo busca refletir sobre a necessidade de revisão da Lei de Anistia, discutindo o voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, de modo a

demonstrar sua incompatibilidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Estado Democrático de Direito. Utiliza simbolicamente a questão do inimigo, em face da construção da figura do politicamente inimigo no período ditatorial, para alertar o quanto este ranço autoritário ainda permeia as decisões judiciais recentes, especialmente no âmbito das Cortes.

A contribuição central é refletir, até que ponto, o aparelhamento do Estado ditatorial pode ter sido tão bem engendrado contra o direito de resistência, a ponto de trinta e cinco anos após a transição democrática, o Poder Judiciário brasileiro ainda resistir em punir aqueles que cometeram violações contra direitos humanos durante o regime de exceção?

2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Em outubro de 1999, durante um congresso realizado em Berlim, Günther Jakobs, filósofo penalista alemão, catedrático de direito penal na Universidade de Bonn, apresentou ao mundo sua teoria de que, mesmo nas sociedades democráticas “haveria que se admitir, ao lado de um direito penal do cidadão, um ‘direito penal do inimigo’ em cujo âmbito, a fim de manter a segurança” deveria limitar ou excluir alguns dos princípios característicos do direito penal de um Estado de Direito (CONDE, 2010, p. 83)¹.

A proposição envolvia, pois, a existência de dois (ou mais) direitos penais sendo um voltado para o cidadão normal, revestido de todas as garantias tradicionais da dogmática jurídico-penal e outro, especialmente formatado para aqueles que se denominavam ‘estranhos ou inimigos da comunidade’.

Ou ainda,

Básicamente, este derecho penal del enemigo propugna por un derecho represivo excepcional y menoscabado de garantías, para aquellas formas de delincuencia que van desde la delincuencia que bien podríamos denominar organizada, hasta la delincuencia

1 CONDE, Francisco Muñoz. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 18, n. 83, p. 93-119, mar./abr. 2010.

clásica, es decir, desde el terrorista o narcotraficante a gran escala, hasta el delincuente callejero, solo por tratarse de individuos que bajo su propia voluntad han decidido autoexcluirse de los valores y las formas de normativización social. (CONDE, 2013, p. 11)².

Segundo Francisco Muñoz Conde, (2010, p. 84-85)³ a tese de Jakobs, embora aproximada, não chegava tão longe quanto as concepções propostas pelo nacional-socialismo (Nazismo), tal qual a teorização de Edmund Mezger. Limitava-se, Jakobs, “a descrever e assumir (o inimigo) como uma realidade inevitável, por mais que, segundo ele próprio, possa resultar desagradável e até repugnante as características do que define como um ‘direito penal do inimigo’ e que são, em sua opinião, as seguintes”:

1. Aumento da gravidade das penas para além da ideia de proporcionalidade, aplicando inclusive ‘penas draconianas’; 2. Abolição ou redução ao mínimo das garantias processuais do imputado, tais como o direito ao devido processo, a não fazer declaração contra si próprio, à defesa técnica, etc.; 3. Criminalização de condutas que não implicam verdadeiro perigo para bens jurídicos concretos, adiantando a intervenção do direito penal, ainda antes da conduta chegar ao estado de execução de um delito. Tudo isso é agrupado em uma espécie de programa ou declaração de guerra contra ‘inimigos’, os quais Jakobs não define, e sim apenas descreve vagamente como membros de organizações criminosas, narcotraficantes, terroristas, delinquentes sexuais e multireincidentes. A tais inimigos o autor declara ‘não pessoas’ que se situam de um modo claro e permanente fora do ordenamento jurídico, devendo-se, portanto, privá-los dos direitos que referido ordenamento concede apenas às ‘pessoas’.

Ainda que meramente descritiva a teoria de Jakobs, ela é, por Francisco Muñoz Conde, considerada uma realidade amarga que acabou por ganhar força com os acontecimentos terroristas

2 CONDE. Francisco Muñoz. *Actuales tendencias del derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal* revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias. Programa de Estudos em Criminologia e Ciências Penitenciárias (PROCRIM). São Paulo. Ano 3. n 02. Junho / Julho / Agosto. 2013

3 CONDE, Francisco Muñoz. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 18, n. 83, p. 93-119, mar./abr. 2010.

recentes, sobretudo o 11 de setembro de 2001. O embrutecimento do terrorismo terminou por trazer para o seio de sociedades (ditas?) democráticas, a possibilidade de diferenciação entre o cidadão e o inimigo, na seara da dogmática penal.

A prisão de Guantánamo, *v. g.*, expressa exemplarmente tal cenário, onde os presos foram considerados, inclusive, como ‘não protegidos’ pela Convenção de Genebra sobre Direitos e Deveres de Pessoas, Combatentes ou Não, em Tempo de Guerra. O ato patriótico americano, ademais, permeia toda esta construção.

O fato é que, para Francisco Muñoz Conde (2010, p. 84)⁴, Jakobs, ainda que não desejasse, abriu as portas para um “direito penal ilimitado, no qual são perfeitamente admissíveis a criminalização da simples dissidência ou de expressões em favor de ideias extremistas, as penas ‘draconianas’, inclusive da pena de morte, extrapolando a ideia de proporcionalidade”, e a restrição de alguns direitos processuais do imputado ou a utilização de meios de prova ilícitos, como a tortura.

Adverte Francisco Muñoz Conde (2010, p. 85-87)⁵, contudo, que seria injusto “considerar que o direito penal do inimigo seja uma construção ou uma invenção jurídica criada por Jakobs”, uma vez que “na mesma Alemanha e não somente durante o regime nacional-socialista, podem ser encontradas teses e construções análogas ou com o mesmo significado político-jurídico, ainda que com nomes ou nuances diversos”, de modo que

precedentes da seleção racista levada a cabo pelos nazistas encontram-se nas ideias evolucionistas do darwinismo social, nas teorias lombrosianas do ‘delinquente nato’, nas propostas eugênicas de Galton, nas leis de imigração norte-americanas do início do século XX, nas esterilizações obrigatórias de doentes mentais e de portadores de enfermidades hereditárias nos países escandinavos e em alguns Estados dos Estados Unidos da América etc. [...] Nesse sentido, podem-se mencionar os nomes de Franz Von Liszt, Karl Binding e Edmund Mezger, que, embora com diferentes nuances

4 CONDE, Francisco Muñoz. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 18, n. 83, p. 93-119, mar./abr. 2010.

5 *Idem.*

e em épocas e regimes políticos diversos, defenderam ideias que podem ser consideradas como antecedentes imediatos do direito penal do inimigo.

A questão é que quaisquer que sejam as teorias expostas, na doutrina do inimigo “não cabe dúvida de que essas gravitam como uma pesada laje, sobretudo tendo-se em conta que o moderno Estado de Direito e as declarações internacionais em prol do reconhecimento dos direitos humanos em nível internacional surgem precisamente como reação frente aos atos de barbárie” legitimados, diretamente ou não, por tais construções teóricas e que “foram cometidos sob o domínio dos Estados totalitários, e não somente na Alemanha durante o regime nazista, como também em outros muitos países da Europa e do mundo”. (CONDE, 2010, p. 89)⁶.

Para Francisco Muñoz Conde (2010, p. 86)⁷ a discussão envolve saber se tais teorias são ou não “compatíveis com os princípios que informam o direito penal do Estado de Direito e reconhecidos como direitos humanos nas convenções internacionais e nas Constituições dos Estados democráticos”. Em outras palavras, o direito penal do inimigo, é compatível com modelos democráticos de organização da convivência humana?

Ainda em Conde (2010, p. 86)⁸: “Pode o Estado de Direito defender suas instituições fundamentais utilizando um direito penal que não respeita os princípios e bases do próprio Estado de Direito? Quais são os limites jurídicos do Direito Penal do Inimigo e sob que bases e quais parâmetros se devem determinar esses limites?”

A resposta não pode prescindir de partir, em seara de Direitos Humanos, do limite primeiro que serve de escudo contra o Estado, qual seja, a dignidade humana, enquanto valor fundamente das democracias contemporâneas.

Observe-se que, ainda voltada especificamente aos chamados espaços de exceção, como a prisão de Guantánamo, a

6 CONDE, Francisco Muñoz. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. v. 18, n. 83, p. 93-119, mar./abr. 2010.

7 *Idem*

8 *Ibid.*

teoria do inimigo de Francisco Muñoz Conde permite evidenciar a possibilidade de criminalização até mesmo pela simples dissidência e mais, permite categorizar os indivíduos entre aqueles alinhados ao Estado e *os demais*. Pode se converter em uma porta aberta para minar o direito de resistência, para aplicação de penas extremistas e, sobretudo, para justificar a atuação estatal, institucionalizada, de medidas severas em face dos movimentos contra-hegemônicos.

A questão do inimigo poderia parecer superada no direito brasileiro, ao menos quando se fala em regime ditatorial. Mas o fato é que no Brasil, sobretudo pela atuação judicial, é possível observar especialmente nas Cortes Superiores, que o discurso em torno da existência deste *inimigo* do Estado no período ditatorial parece não ter ainda sido superado, permanecendo como obstáculo ao aperfeiçoamento do processo transicional brasileiro.

3 DIGNIDADE HUMANA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A definição de Justiça de Transição, expressão cunhada por Ruti Teitel (2003)⁹ ao se referir aos processos de transformação política e jurídica nas transições para a democracia na América Latina e no leste Europeu, envolve uma abordagem multidisciplinar, encontrando no Direito, na Ciência Política, na Sociologia e na História, as bases para tal intento. Não é, por certo, um conceito estritamente jurídico.

Compreende toda a gama de processos e mecanismos associados às tentativas de uma sociedade de terminar com um legado de abusos cometidos no passado em grande escala, a fim de assegurar a responsabilidade, servir à justiça e à reconciliação. (UN, 2004)¹⁰.

Há certo consenso, contudo, sobre a importância da dimensão prospectiva da Justiça de Transição, haja vista aparelhar

9 TEITEL, Ruti. Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 16, 2003, p. 6994.

10 UNITED NATIONS. Security Council. *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*: Report of the Secretary-General. 2004. S/2004/616. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 01/09/2014.

o Estado Democrático em termos de políticas públicas de reparação, pacificação e fortalecimento da democracia, contando com mecanismos judiciais e extrajudiciais e, se necessário, inclusive, a reforma de instituições.

Neste sentido, para Paul Van Zyl (2009, p. 32)¹¹ a justiça transicional pode ser definida como o comprometimento de construção de uma paz sustentável após um período de violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos. “O objetivo da justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação”.

E mais, para o autor, a transição “exige um conjunto inclusivo de estratégias formuladas para enfrentar o passado assim como para olhar o futuro a fim de evitar o reaparecimento do conflito e das violações”, devendo “equilibrar cuidadosamente as exigências da justiça e a realidade do que pode ser efetuado a curto, médio e longo prazo”. (VAN ZYL, 2009, p. 32)¹².

Dentre os elementos que integram a Justiça de Transição, estão o direito à verdade, à memória e à justiça, donde emergem, ainda, as variadas formas de reparação. Para José Carlos Moreira da Silva Filho (2010, p. 2)¹³, o direito à verdade e à memória “referem-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”. A memória reforça a ideia da não repetição e, complementada pela reparação que assegura o direito à indenização, econômica ou moral dos perseguidos e prejudicados pelo Estado durante a repressão, permite o recomeçar. O direito à justiça, por

11 VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n.1, jan.-jun. 2009. p. 32.

12 *Idem*.

13 SILVA FILHO, José Carlos Moreira. O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira *In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (coords.). Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Fórum, 2010.

sua vez, implica a investigação e responsabilização dos responsáveis por crimes no referido período.

Emílio Peluso Neder Meyer (2012, p. 234)¹⁴ ao analisar as medidas de reparação simbólica, administrativas e pecuniárias às vítimas, destaca que a reparação comporta diferentes concepções em sede de justiça transicional, podendo significar restituição, compensação, reabilitação, satisfação de garantias de não-repetição, etc.

Pois bem, destas premissas decorre considerar que a dignidade humana é vetor que permeia, do início ao fim, o processo transicional, seja pela reparação, pela responsabilização de violadores, seja pelos testemunhos, seja pelo fortalecimento das instituições democráticas. É nela, e sempre nela, a pessoa humana, que estará fundada a transição e seu aperfeiçoamento.

Assim, a dignidade humana pode ser descrita enquanto um valor espiritual e moral inerente à pessoa e que se revela na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, trazendo consigo o respeito por parte das demais pessoas. É um mínimo intangível que toda ordem jurídica deve assegurar, de modo que apenas em situações excepcionais o exercício dos direitos fundamentais possa ser temporariamente limitado, sem perder de vista a evidente importância que possuem todos os seres humanos.

A Constituição Federal de 1988 se revestiu de uma concepção humanista, colocando no texto constitucional o ser humano como valor supremo do ordenamento jurídico, na condição de princípio fundamental e pilar do Estado Democrático de Direito.

Buscando-se as origens jurídicas desta premissa que hoje ostenta *status* de norma, percebe-se que foi justamente a destruição completa do piso da dignidade humana, com os sofrimentos indizíveis impingidos “ao outro”, sobretudo na Segunda Guerra Mundial, que forçaram um comportamento de proteção do ser humano. “A terrível facilidade com que milhares de pessoas – não apenas alemãs, diga-se, mas de diversas nacionalidades europeias – abraçaram a ideia de que o extermínio puro e simples de seres

14 MEYER, Emílio Peluso Neder. **Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

humanos podia consistir em uma política válida de governo” (BARCELLOS, 2000, p.161)¹⁵ alterou o modo de pensar o Direito.

Caminhou-se, então, no sentido da fundamentalização de um piso mínimo de atribuições do ser humano que, em oposição aos já referidos horrores da Segunda Guerra, culminou em um novo discurso a respeito da Constituição: o normativo, onde as normas constitucionais e os princípios passam a ser consideradas normas jurídicas e, como tal, dirige-se a toda a sociedade, em especial ao Poder Judiciário (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 63)¹⁶.

No Estado Constitucional, a interpretação da Constituição, portanto, não deve ser realizada segundo a lógica de ‘um ou outro’ e sim de acordo com um pensamento permanentemente aberto a múltiplas alternativas e possibilidades. É justamente aí que se revela a incompatibilidade do Estado Democrático de Direito com a doutrina do Direito Penal do Inimigo. A dignidade, enquanto norm, não autoriza a distinção entre seres humanos a ponto de lhes serem usurpados direitos fundamentais.

Assim, “um direito penal que infrinja ou não respeite as bases do Estado de Direito, violando direitos fundamentais, é um direito penal ilegítimo que deve ser rechaçado expressamente e sem nenhum tipo de vacilação ou confusão.” (CONDE, 2010, p. 90)¹⁷.

A ‘luta pelo Estado de Direito e pelo reconhecimento dos direitos humanos não foi e nunca será uma tarefa cômoda, nem fácil em nenhum país do mundo ou momento histórico. Deve-se reconhecer, todavia, que há épocas e países nos quais essa luta é mais difícil e perigosa. E é evidente, desde logo, que nesses momentos e em muitos países, mesmo naqueles que mais orgulhosamente se atribuem as características do Estado de Direito, essa tarefa pode ser realmente difícil e ir contra a corrente ou contra o que os nazistas chamavam

15 BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159-188, jul./set. 2000.

16 BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 19, ano 5, p. 51-81, maio/jun. 2003.

17 CONDE, Francisco Muñoz. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 18, n. 83, p. 93-119, mar./abr. 2010.

‘o saudável sentimento do povo’, que não é mais do que uma forma de gerar um ‘populismo punitivo’ absolutamente demagógico e próximo a um processo de fascismo social. (CONDE, 2010, p. 91)¹⁸.

Oportuna a lição de Paulo César Busato (2012, p. 96)¹⁹ ao refletir sobre o preso como inimigo, para quem “a figura do inimigo está sempre associada ao outro, ao que não sou eu, àquele que, por razões diversas, se pretende ver excluído do plano da vida, como fórmula de aplacar os temores que se tem”.

Paulo César Busato (2012, p. 97)²⁰ identifica a retórica do medo no Direito Penal do Inimigo, de modo que “as dificuldades contemporâneas de convívio com o risco geraram uma identificação da alteridade, da diferença, com o risco, personificando na figura do inimigo o risco de fonte desconhecida, da vida social”.

Em nome deste medo, da almejada segurança, acaba-se por permitir a supressão de direitos e garantias fundamentais em total descompasso com a dignidade expriada no Estado Democrático de Direito. Diferenciando-se o inimigo do cidadão, o *eu* do *outro*, abre-se caminho para um flerte perigoso com a barbárie.

Retome-se Francisco Muñoz Conde (2005, p. 137)²¹ para quem a pergunta correta a respeito dos campos de concentração não é aquela hipocritamente concebida sobre “como foi possível para o homem cometer delitos tão atrozos contra o próprio homem?”. Para o autor, seria mais honesto e útil perquirir “sobre os procedimentos jurídicos e os dispositivos políticos que tornaram possível privar tão completamente pessoas de seus direitos e prerrogativas de seres humanos, até o ponto de ser possível realizar qualquer tipo de ação contras elas e isso não ser considerado um delito”.

18 *Idem.*

19 BUSATO, Paulo César. O preso como inimigo: a destruição do outro pela supressão da existência comunicativa. **Revista Centro de Estudos Judiciários**. Brasília. Ano XVI. n. 57, p. 95-102. maio/ago. 2012 Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1653/1599>>. Acesso em: 18 de março de 2014.

20 *Idem.*

21 CONDE, Francisco Muñoz. **De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

Pois bem, tomam-se de empréstimo as reflexões sobre o inimigo em Muñoz Conde, neste artigo, para refletir até que ponto o aparelhamento do Estado ditatorial pode ter sido tão bem engendrado contra o direito de resistência, a ponto de trinta e cinco anos de após a transição democrática, o Poder Judiciário brasileiro ainda resistir em punir aqueles que cometeram violações contra direitos humanos durante o regime de exceção?

Ruti Teitel (2011)²² ao contrapor o modelo retributivo e o restaurativo da justiça de transição informa que os dilemas transicionais em jogo na Fase II – onde estaria situado o processo transicional brasileiro - estruturam-se em termos mais abrangentes que a simples prática de confrontar e demandar responsabilidades ao regime anterior e, incluem questões sobre como curar feridas de uma sociedade inteira e promover a paz e a reconciliação.

Contudo, ainda que a justiça de transição ocorra de forma diferente em cada país, eis que vinculada ao contexto histórico de cada um deles, suas tradições, relações políticas, institucionais e constitucionais (TEITEL, 2011)²³ entende-se que, no Brasil, a responsabilização dos agentes persiste enquanto medida fulcral para a consolidação da democracia.

Nesta linha, o imperativo categórico adorniano estabelecido a partir do extermínio proporcionado na Segunda Guerra Mundial – “para que não se esqueça, para que nunca mais aconteça” – assumido como um dos emblemas da Comissão de Anistia no Brasil, reflete a necessidade de retirar-se o estigma da palavra anistia estabelecido pós-Lei de 1979 como esquecimento e transpor seu significado para políticas públicas de memória que dialoguem no espaço democrático e ajudem a promover a transformação de instituições conservadoras em instituições maleáveis e plurais”. (FRANÇA; OLIVEIRA, 2011, p. 271-272)²⁴.

22 TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In REÁTEGUI, Feliz (org.) **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

23 *Idem*.

24 FRANÇA, Leandro Ayres; OLIVEIRA, Roberta Cunha de. “Quando o dia raiou sem pedir licença: a responsabilização internacional do Estado brasileiro pelos atos

Mais que isso, é preciso que a interpretação da Lei de Anistia, que possibilita aos torturadores escaparem às sanções, seja revista, permitindo ao Brasil finalmente perfilhar o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Tal horizonte, entretanto, não parece próximo no país, ao menos em termos judiciais. A julgar pelas recentes decisões, sobretudo no âmbito das Cortes Superiores, o inimigo do Estado persiste no imaginário judicial, podendo ainda estar sendo combatido sob o argumento de que a responsabilização dos militares é inviável por ter decorrido de um acordo político, argumento que passamos a desconstruir.

4 (IM)POSSIBILIDADES DE UM ACORDO POLÍTICO NO ESTADO DE EXCEÇÃO

A Lei nº 6.683, conhecida como Lei de Anistia, foi promulgada pelo então presidente, João Batista de Figueiredo, em 28 de agosto de 1979, no seio do movimento social pela anistia *ampla, geral e irrestrita* aos presos políticos, banidos e exilados, no ocaso do regime militar no Brasil.

Nos termos da lei, concedeu-se anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, sendo que a controvérsia envolve a inserção do § 1º, no artigo 1º, considerando conexos os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos, terminando por conferir anistia aos agentes políticos responsáveis por crimes durante a ditadura.

Em outubro de 2008 o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 objetivando a declaração pelo Supremo Tribunal Federal do não recebimento, pela Constituição Federal do Brasil de 1988, do disposto no § 1º do artigo 1º da Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia).

cometidos contra seus inimigos na Guerrilha do Araguaia (1972-1975)". in FRANÇA, Leandro Ayres (org.). **Tipo: Inimigo**. Curitiba: FAE Centro Universitário / Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal, 2011. p. 259-300.

Requeru, assim, a OAB àquela Corte, que, dando interpretação conforme a Constituição declarasse que a anistia concedida pela Lei nº 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não se estenderia aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar no Brasil (1964/1985).

Em 29 de abril de 2010, foi proferido pelo relator da ADPF, Ministro Eros Grau, o voto que acabou sendo acompanhado por sete dos nove ministros que participaram do julgamento e que resultou na improcedência do pedido, decidindo o STF que a lei anistiou também os torturadores que atuaram contra movimentos de resistência à ditadura militar.

Paralelamente, já em instância supranacional, tramitava o caso *Gomes Lund* e outros (“Guerrilha do Araguaia”) *versus* Brasil. Esta demanda se originou em 1995, a partir de um pleito do Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL), e acabou submetida, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao crivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, após conceder ao Brasil prazo para implementação das recomendações da Comissão e não ter obtido sucesso. O fato é que, em sentença²⁵ proferida em 24 de novembro de 2010, o Brasil foi condenado pela CIDH por ter, dentre outras condutas, aplicado a Lei de Anistia como empecilho à investigação, julgamento e punição dos crimes no período ditatorial²⁶.

São duas decisões, igualmente válidas, com disposições opostas, cabendo discutir no presente artigo a racionalidade

25 Inteiro teor da sentença: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf

26 No caso *Gomes Lund* a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que possui jurisdição no Brasil, condenou o Estado brasileiro, pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas durante a Guerrilha do Araguaia (1967-1974). Dentre as várias determinações da Corte, destacam-se a obrigação “de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis e de determinar o paradeiro das vítimas” e o dever de possibilitar “o acesso, a sistematização e publicação de documentos em poder do Estado” sobre a guerrilha. O cumprimento desta sentença internacional ainda está em curso no país, implicando uma série de medidas que foram tomadas pelo governo brasileiro e pela sociedade civil.

utilizada na decisão do STF para não afastar a Lei de Anistia no Brasil.

Destaca-se, de pronto, para análise, a suposta transição conciliada na saída do período ditatorial e o quanto este discurso carece de fundamentação. Repisar o assunto se justifica haja vista grassar a impunidade daqueles que, a partir da construção de uma categoria de inimigos (pessoas que resistiram à violência institucionalizada e burocratizada) perpetraram torturas e mortes durante o estado de exceção brasileiro. E desde logo se colaciona excerto do voto do relator, ilustrativo do posicionamento da Corte Constitucional brasileira, a saber:

Há momentos históricos em que o caráter de um povo se manifesta com plena nitidez. Talvez o nosso, cordial, se desnude na sucessão das frequentes anistias concedidas entre nós” [...]. A expressão crimes conexos a crimes políticos “conta sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. Sempre há de ter sido assim. A chamada Lei de Anistia diz com uma conexão *sui generis* própria ao momento histórico da transição para a democracia. (STF, 2010, p. 26;30)²⁷.

No que se refere à afronta ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro, em que se questionava o acordo que permitiu a transição do regime militar ao Estado de Direito, responde o Ministro que: “Trata-se, também neste ponto, de argumentação exclusivamente política, não jurídica, argumentação que entra em testilhas com a História e com o tempo.” (STF, 2012, p. 21)²⁸.

Para o relator (STF, 2010, p. 22)²⁹, questionar a anistia aos torturadores, implica desqualificar fatos históricos que antecederam a Lei de Anistia, ignorando o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país de modo que “a formidável luta

27 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>> Acesso em: 8 set. 2012.

28 *Idem*.

29 *Ibid*.

pela anistia é expressão da página mais vibrante de resistência e atividade democrática da nossa História”.

Ocorre que, na porta de saída do período ditatorial, a Lei de Anistia, no Brasil, embora fruto do movimento *anistia ampla, geral e irrestrita*, não parece ter nascido neste caldo de vontade coletiva. Nas palavras de Katya Kozicki, (2009, p. 14)³⁰ “para além do verbo anistiar reside a história e os fatos que, nela contidos, remetem não somente aos perpetradores dos atos que se pretende ‘perdoar’ ou ‘desculpar’”. O tema da conversão do verbo anistiar em norma, mais do que direito penal, conduz aos fatos históricos e políticos que o verbo anistiar quer relegar ao esquecimento ou às gavetas da história. E a história mostra que não houve o acordo pretensamente demonstrado na decisão do STF.

A ausência de debate público, a presença de coação ou violência ressaltam a ilegitimidade da anistia aos torturadores, promulgada com a inserção de um parágrafo único subreptício contra o qual, o passado recentíssimo coibia a insurreição. No âmbito dos direitos de participação política, a simples menção aos Atos Institucionais baixados durante a Ditadura, especialmente o AI-5, vigente até outubro de 1978, parece elucidar a questão. Que tipo de debate democrático prévio e transição negociada é possível se verificar após anos de Congresso Nacional em recesso e Assembleias Legislativas fechadas? Foi essa, efetivamente a página mais vibrante de resistência e atividade democrática da nossa História?

Se para Eros Grau a história é a fonte para entender o contexto em que a Lei da Anistia foi assinada e as razões pelas quais mereceu ser mantida integralmente é forçoso esclarecer que, na verdadeira história, o direito constitucional também no Brasil imbuu-se de normatividade. Entretanto, este marco da constitucionalização no país chegou mais tarde, por ocasião da Assembleia Constituinte de 1988, justamente em função dos anos de opressão da ditadura militar – aqueles anos onde teria sido pactuado o chamado “acordo” para a anistia.

Não se tratava, portanto, de mero revanchismo, tendo em

30 KOZICKI, Katya. Prefácio. In: BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

vista que todos os envolvidos teriam o devido processo legal e direitos constitucionais assegurados, no seio do Estado Democrático de Direito. “Tratava-se, isso sim, de não repetir os mesmos erros cometidos durante o período ditatorial.” (BASTOS, 2009, p. 27)³¹.

A melhor leitura do momento histórico da aprovação da Lei de Anistia evidencia o esvaziar das forças das frentes de resistência ao regime militar, os esgotamentos dos recursos para se enfrentar a ditadura, o medo cruel e justificado de perecimento da própria vida ante a não aceitação da anistia ampla, geral e irrestrita.

O voto do relator da ADPF não faz o trabalho básico esperado do jurista, qual seja, proceder a uma narrativa que envolva passado, presente e futuro. O relator paralisa a Anistia no passado e não enfrenta a questão. A declaração da inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei de Anistia não se tratava, simplesmente, de aferir objetivamente a compatibilidade com a lei fundamental. Seria, sobretudo, aferir esta compatibilidade, no espaço e no tempo, em que a Constituição é vivida.

Ademais, descabe a afirmação ministerial de que a cordialidade do povo brasileiro (STF, 2010, p. 30)³² talvez desnude a sucessão de anistias concedidas entre nós. Não se pode comparar a Lei nº 6.639/79 a nenhuma outra ao longo da trajetória brasileira, pois o momento histórico e social não se compara a nenhum outro. Ou ainda, é possível falar em acordo e consenso em tempos de exceção de toda sorte de direitos fundamentais?

O Estado de exceção, enquanto “tensão entre a norma e a anomia, entre a violência institucionalizada (pelo direito) e a violência pura, entre a *autorictas* e a *potestas*, entre, enfim, direito e vida” (FONSECA, 2005, p. 172)³³ não parece ser o melhor solo

31 BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

32 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>> Acesso em: 8 set. 2012.

33 FONSECA, Ricardo Marcelo. Resenha – AGAMBEN, Giorgio Estado de exceção. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 41, p. 171-174, 2005.

para se construir um acordo político. Saindo de anos de opressão, de suspensão da ordem jurídica prevista pela própria ordem jurídica, a sociedade não estava capacitada para tecer uma transição conciliada.

É correto, noutra margem, que “a indeterminação que caracteriza o Estado de exceção [...] não nos exime de tomar uma posição, de agir mas, ao contrário, é o que nos move e dá sentido ao que significa a responsabilidade em escrever uma outra história”. (CHUEIRI, 2005)³⁴.

Este papel, contudo, na democracia constitucional, pertenceria ao STF quando o Legislativo titubeia, de modo que a Corte poderia ter enfrentado a Lei da Anistia por meio da ADPF 153, tutelando e corrigindo, ainda que tardiamente, o procedimento democrático capenga e a forma autoritária de formação política da opinião e da vontade.

Certamente, tudo o que o povo não pretendia por ocasião a Lei da Anistia, era anistiar torturadores e sob qualquer prisma que se analise, não faltariam à jurisdição constitucional brasileira argumentos éticos, empíricos e pragmáticos hábeis a autorizar a declaração de (in)adequação de parte da Lei de Anistia ao texto constitucional vigente. Dignidade humana, memória, justiça e verdade são alguns dos argumentos que poderiam, *prima facie*, embasar a decisão.

Resta evidenciado, pois, que aqueles que resistiram à violência institucionalizada no regime militar brasileiro (1964-1985) foram alçados à condição de politicamente inimigos, de modo que após cinquenta anos de um estado ditatorial “instaurado pela administração militar e mantido pelos resquícios de políticas autoritárias de esquecimento – inclusive com o referendo da suprema corte nacional”, a sentença *Gomes Lund* da CIDH “aponta a fragilidade dessa qualificação e impõe a responsabilização pelos crimes de lesa-humanidade cometidos no período” (FRANÇA; OLIVEIRA, 2011, p. 259)³⁵.

34 CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Direito e Discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

35 FRANÇA, Leandro Ayres; OLIVEIRA, Roberta Cunha de. “Quando o dia raiou

A questão é que, ainda que a CIDH tenha condenado o Brasil internacionalmente, no âmbito interno a decisão do STF continua a ressoar, não havendo sinais, até o momento, de que as Cortes Superiores se alinharem ao Direito Internacional dos Direitos Humanos nesta questão.

5 O LEGADO DA ADPF 153 ATÉ O MOMENTO

As lições de Francisco Muñoz Conde evidenciam que qualquer tese que oportunize ou legitime o exercício ilimitado do poder punitivo do Estado, ainda que em casos extremos, acaba por abrir as portas ao totalitarismo. A consequência é a própria negação do Estado de Direito. A partir desta negação o restabelecimento do mesmo e a consolidação da democracia que o envolve, pode ser tornar um processo longo e de difícil desinfecção dos ranços autoritários.

Arrisca-se afirmar que a força simbólica do voto do Ministro Eros Grau na relatoria da ADPF 153 representa o flerte com a relativização da democracia, vez que o esquecimento não implica perdão. Ao discutir a revisão de uma lei de tamanha envergadura com relação aos preceitos fundamentais, o Poder Judiciário perdeu importante oportunidade de proteger, assegurar, implementar direitos fundamentais, em sintonia com a guarda ampla, geral e irrestrita da Constituição. Do ponto de vista da democracia e do Direito foi um voto fraco, eis que descomprometido com a Constituição vivida, experimentada concretamente pelas pessoas.

A questão ganha relevo, contudo, quando se observa o ressoar e repetir desta decisão nas instâncias inferiores ao Supremo, mesmo depois da Corte Interamericana de Direitos Humanos ter esposado entendimento contrário.

sem pedir licença: a responsabilização internacional do Estado brasileiro pelos atos cometidos contra seus inimigos na Guerrilha do Araguaia (1972-1975)". in FRANÇA, Leandro Ayres (org.). **Tipo: Inimigo**. Curitiba: FAE Centro Universitário / Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal, 2011. p. 259-300.

No chamado Caso Riocentro (TRF, 2014)³⁶, em decisão judicial monocrática a Justiça Federal do Rio de Janeiro recebeu denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal brasileiro no conhecido caso *Atentado ao Riocentro*, imputando aos réus acusados pelo atentado, os crimes de tentativa de homicídio doloso, associação em organização criminosa, transporte de explosivos, favorecimento pessoal e fraude processual.

Segundo a decisão monocrática “passados 50 anos do golpe militar de 1964, já não se ignora mais que a prática de tortura e homicídios contra dissidentes políticos naquele período fazia parte de uma política de Estado, conhecida, desejada e coordenada pela mais alta cúpula governamental”. E acrescenta que

[...] trata-se, ao que tudo indica, de um episódio que deve ser contextualizado, ao menos nesta fase inicial, como parte de uma série de crimes imputados a agentes do Estado no período da ditadura militar brasileira, com o objetivo de atacar a população civil e perseguir dissidentes políticos. [...] Não bastasse a natureza de costume internacional conferida à imprescritibilidade destes crimes, considero estarmos diante de verdadeiro *ius cogens*, que não pode ser ignorado pelos Estados.

Ocorre que, em julho de 2014 o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, trancou por meio de Habeas Corpus a ação penal, aduzindo, dentre outros pontos que:

Anote-se a total impertinência da tese esposada pela decisão que recebeu a denúncia, com base em entendimento do Tribunal de Nuremberg. Não se aplica aqui no Brasil decisão de tribunal alienígena, como norma cogente. Serve, claro, como conclusão a ser pensada, meditada, mas não com a amplitude vista pela D. Juíza. [...] Evidente que tudo isso é pura esdruxularia, com a devida venia, sem deixar de considerar a beleza do raciocínio da decisão impugnada, digna mesmo de figurar na mídia espetaculosa como histórica decisão, não só pelo ineditismo como pelo notável sentimento de

36 BRASIL. Poder Judiciário. 6ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Juíza Ana Paula Vieira de Carvalho. Autos nº 0017766-09.2014.4.02.5101 (2014.51.01.017766-5). 13 de maio de 2014.

justiçamento, perigosamente em voga atualmente.

E prossegue o magistrado, para fins eminentemente didáticos nas suas palavras, “considerando que muitos dos atuais atores processuais na época eram infantes”, transcrevendo trechos do site *averdadesufocada*:

As autoridades estavam preocupadas com os movimentos que se opunham à contrarrevolução que, inicialmente, se limitavam a arruaças de estudantes e operários, infiltrados por doutrinadores comunistas. A preocupação crescia, pois pouco a pouco aumentavam os assaltos de grande vulto em bancos e carros pagadores. Mesmo assim, não imaginavam que esses movimentos assumiriam consequências mais sérias como as que estavam prestes a abalar o país.

[...]

À toda evidência, e como se não bastasse aqui não ser lei decisão de tribunal de fora, os atos atrabiliários – e assim se enquadram os praticados no caso Riocentro, no âmago, na intenção, na vontade, e também no resultado, estão abissalmente distantes de atos de extermínio de seres humanos considerados inferiores, e dos demais atos analisados pelo tribunal referido na decisão de 1º grau, enfim não há como estender-se a nós como norma cogente qualquer decisão estrangeira, senão, por absurdo, teríamos de admitir a incidência no Brasil da legislação alienígena, e não só a repressiva, mas também a permissiva. Não pode, em resumo, e por exemplo, aqui ser adotada a Lei de Talião, também as adúlteras não podem ser chicoteadas como permitido em alguns países, não cabe pena de morte a adversários políticos, assim como, ao contrário de alguns países, que até permitem ao pai tirar e com violência a vida de filho em caso de apostasia, aqui pode sim, e sem qualquer consequência, renunciar-se a qualquer religião.

O Poder Judiciário, e os demais atores imprescindíveis à Justiça, não devem despender mais energia com fatos já definitivamente perdoados, e a ambos os lados, tanto o amparado pela lei da época quanto os fora dela, por atos praticados durante o chamado período de exceção, não podendo ser desprezada a legítima anistia conferida pelo povo brasileiro a ambos os lados, tampouco os demais institutos do nosso Direito.

Já no caso chamado Ustra, em 2005 a família Teles ajuizou ação civil declaratória contra Carlos Alberto Brilhante Ustra,

comandante do DOI-Codi na capital paulista entre 29/9/70 e 23/1/74, visando vê-lo responsabilizado por danos morais decorrentes de tortura durante a ditadura militar. Em 1972, Maria Amélia Teles, o marido dela, César Teles, e a irmã Criméia de Almeida foram presos e torturados no DOI-Codi. Os filhos do casal, Janaína e Edson, com cinco e quatro anos, respectivamente, também ficaram em poder dos militares. Em outubro de 2008, sentença declarou Ustra como responsável por torturas no DOI-Codi durante a ditadura.

No Recurso Especial 1.434.498, em 21 de agosto de 2014, contudo, os ministros Nancy Andrighi e João Otávio de Noronha entenderam que a Lei da Anistia proíbe a responsabilização na esfera judicial de agentes do estado em razão crimes ocorridos na ditadura. Para eles, apenas é possível pedir a responsabilização no âmbito administrativo, dentro da Comissão Nacional da Verdade (CNV) sob os seguintes argumentos sobre a Lei de Anistia:

Não sem dor, não sem sacrifícios, não sem deixar cicatrizes deu aos brasileiros “um passo importante e necessário para romper definitivamente com aquele triste passado, para reescrever a história pensando no futuro.

[...] foi uma benção para o país, na medida em que nos desarmou, nos libertando das amarras da vingança, sem as quais jamais poderíamos recomeçar.

É preciso reconhecer ademais o esquecimento dos anistiados. Eles foram legitimamente perdoados pela sociedade, ainda que os fatos sobrevivam como verdade histórica, que nunca se apaga da memória do povo.

O direito ao esquecimento não se apresenta como leniência com os fatos cometidos, mas a eternização de conflitos entre particulares traz efeito pernicioso à pacificação nacional pretendido com o fim do regime militar.

E assim, o voto negou os pedidos, evitando que “a decisão judicial fosse um certificado que se pendura na parede para imortalizar o mal feito do agente”, dando provimento ao REsp e extinguindo o processo. Um pedido de vista interrompeu o julgamento que já conta com dois votos.

Por fim, no Caso Rubens Paiva (BRASIL, TRF2, 2014)³⁷ cinco militares acusados pelo homicídio e ocultação do cadáver do ex-deputado federal Rubens Paiva, em janeiro de 1971, foram denunciados em ação penal proposta pelo Ministério Público Federal. A justiça federal em primeiro grau recebeu a ação, mas é provável que a defesa dos réus consiga trancar a ação penal em face do precedente aberto no Superior Tribunal de Justiça.

Ante a todo o exposto, é possível observar que a postura judicial brasileira atualmente, especialmente nas Cortes, desenha um estado da arte um tanto sombrio para o processo transicional no país. É certo que nos 35 anos da Lei de Anistia o saldo é demasiado positivo, especialmente no âmbito da reparação, mas há que se criticar duramente determinadas interpretações judiciais no âmbito da responsabilização dos violadores. O rescaldo da ADPF 153 precisa ser feito, podendo ter início com a ADPF 320³⁸.

O fato é que, palavras de desembargadores que colocam os militares como vítimas, chamando a ditadura de contra-revolução, desconsiderando os avanços do Direito Internacional Contemporâneo são sinais evidentes da necessidade de reformas institucionais, tal qual ensina Flavia Piovesan (2014, p. 668-669)³⁹, para quem:

Reformas institucionais devem focar, sobretudo, nos aparatos da segurança e da justiça. Observe-se que a independência judicial é fundamental ao *rule of law*, que requer o estabelecimento de um complexo de instituições e procedimentos, destacando um poder Judiciário independente e imparcial. O *rule of law* enfatiza a

37 BRASIL. Poder Judiciário. 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Juiz Caio Márcio Gutterres Taranto. Autos nº 0023005-91.2014.4.025101. 26 de maio de 2014.

38 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 320**. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpúb/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4574695>> Acesso em: 01/09/2014.

39 PIOVESAN, Flávia. Justiça de transição, reformas institucionais e consolidação do estado democrático de direito: o caso brasileiro. p. 643. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MEYER, Emílio Peluso Neder (org.). **Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

importância das Cortes não apenas pela sua capacidade decisória (pautada no primado do Direito), mas por “institucionalizar a cultura do argumento”, como medida de respeito ao ser humano.

A sensação é que o processo transicional no país anda um passo à frente em termos judiciais, como nos casos Rubens Paiva e Riocentro por suas decisões monocráticas e, retrocede muitos passos, com as decisões conservadoras do STJ e STF. Por esta razão é preciso responsabilizar os torturadores, não para identificar outra categoria de inimigos, conforme insinuado nas decisões judiciais com a expressão revanchismo. Há que se lembrar às Cortes, por certo, que aos agentes do Estado que praticaram torturas serão reservadas todas as garantias do Estado Democrático de Direito que tantas vezes, estes mesmos algozes, fizeram questão de negar.

Votos que subvertem conceitos da justiça de transição, como a triste passagem do caso Ustra no STJ, constituem-se, *per si*, violência brutal contra a dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É característica do estado de exceção a figura do inimigo e Francisco Muñoz Conde alerta para os riscos de se flertar com a relativização de direitos fundamentais.

As recentes decisões judiciais brasileiras, sobretudo no âmbito das Cortes Superiores, deixam transparecer o nível de institucionalização da imagem dos resistentes como inimigos. A negativa de responsabilização de violadores de direitos humanos no período militar começa a se expandir para além do argumento do acordo político manejado pelo STF - aqui rechaçado - passando a esbarrar no argumento da *quase legitimidade* dos atos praticados no período de exceção.

Muitas são as conclusões a serem tiradas do triste cenário judicial (recente) em sede de justiça de transição. A mais evidente, contudo, quer nos parecer, é aquela que revela o quanto os juízes ainda desconhecem, ou ignoram, o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O quanto setores da Justiça ainda ignoram a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no

âmbito da Lei de Anistia e, o quanto alguns juízes não repudiam os atos de barbárie praticados contra os cidadãos no período ditatorial.

Não há espaço para descanso sobre os louros conquistados nos 35 anos da Lei de Anistia, em sede transicional. As recentes decisões judiciais aqui relatadas, especialmente por provirem de Cortes Superiores, estão a exigir maior reação da sociedade civil organizada, que precisa passar a se apropriar do seu espaço duramente conquistado na democracia.

A luta pelo fortalecimento das instituições democráticas persiste. O inimigo pode ainda estar entre nós.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159-188, jul./set. 2000.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 19, ano 5, p. 51-81, maio/jun. 2003.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm> Acesso: 02/09/2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>> Acesso em: 08/09/2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 320**. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4574695>> Acesso em: 01/09/2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial 1.434.498**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> Acesso em: 01/09/2014.

BRASIL. Poder Judiciário. 6ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Juíza Ana Paula Vieira de Carvalho. **Autos nº 0017766-09.2014.4.02.5101 (2014.51.01.017766-5)**. 13 de maio de 2014.

BRASIL. Poder Judiciário. 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Juiz Caio Márcio Gutterres Taranto. **Autos nº 0023005-91.2014.4.025101**. 26 de maio de 2014.

BUSATO, Paulo César. O preso como inimigo: a destruição do outro pela supressão da existência comunicativa. **Revista Centro de Estudos Judiciários**, Brasília. Ano XVI. n. 57, p. 95-102. maio/ago. 2012 Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1653/1599>>. Acesso em: 18/02/2014.

CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Direito e Discurso: discursos do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

CONDE, Francisco Muñoz. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. *In*: **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 18, n. 83, p. 93-119, mar./abr. 2010.

_____. **De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

_____. **Actuales tendencias del derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias**. Programa de Estudos em Criminologia e Ciências Penitenciárias (PROCRIM). São Paulo. Ano 3. n 02. Junho / Julho / Agosto, 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 02/09/2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Resenha – AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 41, p. 171-174, 2005.

FRANÇA, Leandro Ayres; OLIVEIRA, Roberta Cunha de. “Quando o dia raiou sem pedir licença: a responsabilização internacional do Estado brasileiro pelos atos cometidos contra seus inimigos na Guerrilha do Araguaia (1972-1975)”. *In*: FRANÇA, Leandro Ayres (org.). **Tipo: Inimigo**. Curitiba: FAE Centro Universitário / Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal, 2011.

KOZICKI, Katya. Prefácio. *In*: BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Justiça de transição, reformas institucionais e consolidação do estado democrático de direito: o caso brasileiro. p. 643. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MEYER, Emílio Peluso Neder (org.). **Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. *In* Reátegui, Feliz (org.) **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

_____. Transitional Justice Genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, 16, 2003, p. 6994.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *In*: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 1, jan.-jun. 2009.

Agradecimentos à Fundação Parque Tecnológico Itaipu-Brasil (FPTI) pelo apoio ao Doutorado Interinstitucional UFPR/UNIOESTE, por meio do Convênio nº 4500021500, que possibilitou a presente pesquisa.

Recebido em 26/05/2014.

Aprovado em 11/09/2014.

