

Duplo Controle Constitucional-Convencional de Legitimidade da Lei de Anistia: reflexões sobre a jurisdição constitucional de transição e as relações entre anistia e memória no contexto da redemocratização brasileira

Dual control constitutional-conventional of Brazilian Amnesty Act (1979): transitional justice, memory and truth.

Saulo de Oliveira Pinto Coelho (UFG)
Renata de Almeida Manso (UFG)

Resumo

O presente trabalho promove uma reflexão sobre os aspectos jusconstitucionais da política de anistia adotada no Brasil em razão da transição democrática que tem como marco normativo máximo a Constituição de 1988. Busca-se apreciar a questão a partir das perspectivas abertas pelo novo constitucionalismo brasileiro, fenômeno típico das últimas duas décadas de nossa teoria constitucional, bem como a partir dos desdobramentos transconstitucionalistas dessa perspectiva. São debatidas as nuances significacionais da política de anistia desenvolvida a partir do marco legal de 1979, sobretudo diferenciando a anistia da busca pela memória e pela verdade; e esta, da busca por reparações civis pelo Estado acerca dos danos causados a cidadãos durante a ditadura militar. No desenvolvimento dessas teorizações, promove-se testagem reflexiva acerca dos diferentes discursos produzidos sobre essa questão. Adota-se como foco investigativo a crítica comparativa das duas principais decisões em sede de jurisdição constitucional e internacional acerca da questão, respectivamente: a decisão recente sobre o tema proferida pelo STF e a decisão, também relativamente recente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em caso envolvendo familiares de desaparecidos na Guerrilha do Araguaia e o Governo Brasileiro. Aliada a essa comparação de discursos jurisdicionais, avalia-se os respectivos discursos doutrinários e acadêmicos acerca da questão. Promove-se, ainda, a testagem da aplicação de um modelo de duplo controle constitucional-convencional de juridicidade, como esquema para verificação da validade jurídica de atos normativos referentes a situações de justiça de transição.

Palavras-Chave: Justiça de Transição; Anistia; Controle de Constitucionalidade; Controle de Convencionalidade; Direitos Fundamentais

Abstract

This paper promotes a reflection about the jusconstitutions aspects of the policy of amnesty adopted by Brazil due to the transition to the democratic regime that has as legal axiom the Constitution of 1988. The aim of this study is to examine the issue from the perspectives of the neo Brazilian constitutionalism, a recent phenomenon of the last two decades of our constitutional theory and its developments. They are discussed the important nuances the politics of amnesty developed from the landmark legal of 1979, mainly differentiating amnesty search by memory and truth, and this, the search for reparations civilians by the State about the damage caused to citizens during the military dictatorship. We could then promote these theories about the different discourses produced on this issue reflexively. It be choosing as the comparative critical investigative focus of two principal decisions of jurisdiction constitutional and international on the issue, respectively: the recent verdict delivered on the subject by the Supreme Court and decision, also relatively recent, the Inter-American Court of Human Rights, incase involving relatives of missing persons in the Araguaia Guerrilla movement and the brazilian government. Increase comparison is speeches jurisdictional, evaluates their respectives doctrinaire and academic discourses about the issue. Promotes itself also, testing the application of a model of dual control constitutional-conventional

legality, as scheme for checking the validity of legal normative acts regarding situations of transitional justice.

Keywords: Transitional Justice; Amnesty; Judicial Review; Conventionality Review; Fundamental Rights

1. Introdução

A promulgação da Lei nº. 6.683, de 28 de agosto de 1979, a Lei de Anistia, representou um grande marco na história do Brasil e simboliza, bem ou mal, um dos primeiros passos no processo de redemocratização do país, após o estado de exceção instaurado em 1964.

Ocorre, entretanto, que essa Lei, após 30 (trinta) anos de sua promulgação, foi alvo de recente questionamento tanto no Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental nº. 153, como na Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*.

Em 2008, o Conselho Federal da OAB impetrou a mencionada ADPF junto ao STF, com o escopo de argüir a constitucionalidade do artigo 1º, § 1º, da Lei nº. 6.683/79.

A interposição de tal arguição ataca a hipótese base para a aplicação da anistia adotada: “crimes políticos ou conexos com estes”. Devido ao caráter gramatical aberto, possibilitou tal hipótese dupla interpretação, qual seja: uma, que entende ter sido concedida a anistia aos agentes ditatoriais; outra, que defende não terem sido agraciados com esse perdão estatal. Ora, esse duplo entendimento que concerne à abrangência da Lei de Anistia brasileira de 1979 promoveu uma celeuma nesse debate que retomou suas forças iniciais, no contexto da recente instauração da Comissão da Verdade no Brasil.

Pois bem, após 30 (trinta) anos da vigência da Lei nº. 6.683/79, a cúpula jurisdicional máxima brasileira decidiu, por 7 (sete) votos a 2 (dois), pela improcedência do pedido formulado pela OAB, com argumentos centrados na idéia de que a Lei de Anistia foi o resultado de um amplo diálogo nacional, de uma verdadeira transição rumo à democracia, buscando pacificação social, o que explicaria a concessão da anistia aos crimes políticos e aos a eles conexos: aqueles crimes de qualquer natureza relacionados com os políticos ou praticados por motivação política. O STF entendeu pelo alcance da anistia aos crimes praticados pelos agentes ditatoriais, desde que entendidos como políticos ou conexos a estes.

Ocorre, entretanto, que a validade da Lei nº. 6.683/79 foi submetida à apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em 1995, em razão de prevalecer o entendimento nos Tribunais brasileiros de que a anistia concedida pela Lei nº. 6.683/79 abarcou os crimes praticados pelos militares, o

Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a *Human Rights Watch/Americas*, ajuizaram uma demanda junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e seus familiares, requerendo a responsabilização do Brasil pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de inúmeros militantes políticos em razão de operações do Exército brasileiro empreendidas na região, entre 1972 e 1975. A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos ocorreu apenas em 2010, quando declarou, dentre outras determinações, a incompatibilidade da Lei de Anistia brasileira com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao conceder anistia política aos agentes que praticaram os mais variados crimes contra a humanidade. Assim, condenou o Brasil a reconhecer publicamente sua responsabilidade pelos crimes praticados pelos agentes da repressão na época da ditadura militar (1964-1985), bem como que fossem investigados e punidos, na forma da legislação aplicável, os militares envolvidos nos diversos delitos praticados durante o regime de exceção brasileiro.

Observa-se, por conseguinte, a divergência de entendimento entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sob o aspecto jurisdicional, também se estabeleceu uma *celeuma* sobre a abrangência da anistia brasileira concedida em 1979. É nesse ponto que se concentra a problemática investigada no presente trabalho.

Destarte, partindo dessas decisões que analisaram a Lei nº. 6.683/79, procura-se lançar olhos sobre as seguintes questões: qual é o grau de compatibilidade dos discursos de fundamentação da decisão do STF em relação às atuais balizas da hermenêutica constitucional contemporânea e; qual é a relação de vinculação entre a jurisdição exercida pelo STF e aquela exercida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em casos de transição política.

Como hipótese preliminar da investigação propõe-se o emprego de um modelo de jurisdição constitucional de transição, calcado no duplo controle vertical de juridicidade da legislação infraconstitucional, para apreciação dos casos concretos brasileiros que envolvam matérias presentes em atos internacionais ratificados pelo Brasil.

Promove-se, assim a testagem do modelo de duplo controle vertical de juridicidade e sua aplicação à Lei nº. 6.683/79, visando, com isso, verificar a adequação de tal procedimento em casos complexos sob a apreciação do judiciário brasileiro, principalmente, daqueles que tratam de direitos humanos, em situações de transição política.

Como principais resultados constata-se a necessidade do judiciário brasileiro valer-se de novos parâmetros na averiguação da legalidade e efetividade de suas legislações infraconstitucionais, principalmente, ao se considerar que é crescente no sistema jurídico hodierno a figura da transconstitucionalidade.

Metodologicamente, o presente trabalho alinhou-se ao caminho crítico-dogmático e dialético, buscando uma reflexão sobre os paradigmas da jurisdição constitucional contemporânea, partindo do referencial da Nova Hermenêutica Constitucional para abordar um instituto constitucional específico, o duplo controle vertical de juridicidade, frente a um estudo de caso em que esta questão se faz pertinente, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Lei de Anistia de 1979. O estudo de caso será realizado em uma perspectiva de crítica discursiva que terá como referencial a linguagem transconstitucionalista do Direito.

1 O Constitucionalismo Contemporâneo e a Sistemática Brasileira da Anistia: algumas questões preliminares

1.1 Novo Constitucionalismo e o Transconstitucionalismo

Na segunda metade do século XX, surge um movimento que se aplica às constituições do pós-guerra e que passa a desenvolver uma nova perspectiva em relação às teorias constitucionais até então existentes. Esse fenômeno que visa a incorporação do constitucionalismo fraternal e da solidariedade ao social ficou conhecido como neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno, pós-positivista ou Constitucionalismo Contemporâneo¹.

Essa nova corrente busca superar a vinculação da idéia de constitucionalismo à de limitação de poder político, para situá-la no plano mais abrangente da eficácia da Constituição, com o escopo de que seus preceitos deixem de ter um caráter meramente retórico e passem a ser eficazes e efetivos, principalmente, quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo coaduna-se, por conseguinte, com o Estado Democrático e Humanista de Direito, norteando-se por:

[...] um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro (BARROSO, 2010, p. 344).

Streck, a respeito, complementa:

¹Expressão utilizada por STRECK, sob o fundamento de que “[...] a ideia de um neoconstitucionalismo pode dar margem ao equívoco de que esse movimento leva à superação de um outro constitucionalismo (fruto do limiar da modernidade). Na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra” (2011, p. 37).

É possível afirmar que, na trilha do neoconstitucionalismo, percorremos um caminho que nos leva à jurisprudência da valoração e suas derivações axiologistas, temperada por elementos provenientes da ponderação alexyana [...] representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos) (2011, p. 35-37).

O novo constitucionalismo consiste em perspectiva legatária da redemocratização do país e em certa medida pode ser pensada como o aprimoramento teórico-discursivo dos ideais que nortearam esse movimento de redemocratização.

Para uma afirmação das principais idéias-chave do novo constitucionalismo tem serventia o esforço sistematizador promovido por Duarte (2010, p. 64-73), aqui reformulado sinteticamente nos seguintes termos: *pragmatismo*, no sentido de superar a teorização meramente abstrata do Direito e orientá-lo a à prática, de modo a impulsionar a inclusão da dimensão política do direito; *ecletismo (ou sincretismo) metodológico*, “o paradigma neoconstitucional requer uma via que se situe entre a orientação analítica e a hermenêutica, fazendo depender a exegese e aplicação jusfundamental de um conjunto de metodologias que se interconectam”; *principlismo*, posto que argumento dos princípios ganhar caráter central e está vinculado a outros dois, o da correção e da justiça, com o intuito de consolidar uma fundamentação de corte constitucionalista que permita a conexão do direito com a moral sem mero retrocesso ao jusnaturalismo; *estatalismo garantista*, pois é “imperiosamente necessário para a consecução da segurança jurídica no meio social que os conflitos sejam solucionados por intermédio de instituições estatais”, que possuam foco na realização dos direitos humanos e na garantia da paz e justiça social; *judicialismo ético-jurídico*, repudiando a tese da discricionariedade judicial dos positivistas, o novo constitucionalismo propugna que a decisão judicial deve conter conjuntamente os elementos éticos e os estritamente jurídicos, a elaboração de juízos de adequação e de justificação, conciliando segurança jurídica e justiça social; *interpretativismo moral-constitucional*, vez que o intérprete constitucional deve considerar os valores ligados à dignidade da pessoa humana, em busca da efetivação desses na aplicação da Constituição, de modo a realizar, concomitantemente, os raciocínios jurídicos e humanitários; *pós-positivismo*, o paradigma neoconstitucional centra-se não na mera descrição da organização do poder ou no mero funcionamento do direito positivo nesse cenário, mas sim no modelo axiológico-normativo do direito em sua funcionalidade social; *primazia do juízo de ponderação*, pois o neoconstitucionalismo propugna, caber ao juiz, por

meio da ponderação dos argumentos de princípios e não de forma arbitrária inventando direitos retroativos, um papel de desvelamento dos sentidos constitucionais frente ao reconhecimento da especificidade e da singularidade de cada situação conflitiva da vida humana; *abrangência horizontal da Constituição*, a interpretação constitucional é específica e decorre do processo de constitucionalização do direito; *materialismo constitucional*, vez que os neoconstitucionalistas superaram o esquema positivista de Hans Kelsen, que fundamenta a validade de todas as normas a partir de uma norma fundamental meramente pressuposta e por isso neutra e formal, para reconhecer uma estrutura material informativa da própria constituição e ligada à idéia de democracia, viabilizando o ‘argumento da injustiça’, segundo o qual normas extremamente injustas não podem ter o caráter de normas jurídicas, e a Constituição na sua macro-legitimidade democrática deve buscar ser interpretada de modo a não abarcar conteúdos reconhecidamente injustos pela sociedade².

É esse novo paradigma constitucional que se desenvolveu a partir da Constituição de 1988, símbolo da sociedade brasileira redemocratizada, que, acredita-se, deve nortear a compreensão em termos atuais da sistemática da anistia plasmada na lei de 1979. Se faz necessário, para tal, entender que o problema em tela envolve tanto questões de *hermenêutica constitucional intertemporal* (justiça de transição), quanto questões de *hermenêutica constitucional interespacial* (duplo controle vertical constitucional e convencional e legitimidade), no sentido dado a essas expressões Barroso (2010, p. 53 *et seq.*).

A problemática que envolve a questão da Lei de Anistia de 1979 perpassa pelo correlação entre essa norma e a Constituição de 1988, bem como entre ela e as normas internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil. Deve necessariamente merecer um tratamento transconstitucional, vez que se trata de lei diretamente imbricada no processo constituinte de redemocratização e, como tal, somente capaz de ser devidamente interpretada quanto ao seu alcance na medida em que sejam levados em consideração referenciais jurídicos

² Essa corrente parte do pressuposto de que as normas jurídicas não possuem um sentido unívoco e objetivo como pensou os positivistas, mas, ao revés: “A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido” (BARROSO, 2010, p. 348). Essa nova interpretação constitucional caracteriza-se, ainda, pela normatividade dos princípios, ponderação dos valores, jurisdição constitucional e filosofia hermenêutica, bem como na compreensão para a aplicação e na relação intersubjetiva: “[...] A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo-hermenêutico” (STRECK, 2011, p. 294).

que transcendam a ótica nacionalista para incorporar à compreensão dessa questão um referencial de justiça em momento de instabilidade e transição.

1.2 Direito fundamental à verdade e à memória

O direito à verdade consiste em um direito fundamental de acesso a informações sobre situações de relevância social, que estejam em poder do Estado ou de entes particulares. Embora não esteja previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, é assegurado pelos próprios princípios que regem o Estado Democrático de Direito, infere-se implicitamente da sistemática constitucional vigente, bem como está previsto em dispositivos decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país (artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988).

O direito fundamental à verdade é causa para outros princípios e garantias constitucionais como o princípio da publicidade, transparência e da informação, bem como o instituto do *habeas data* (FIGUEIREDO, 2010). Em seu aspecto retrospectivo, desdobra-se no direito fundamental à memória. O direito à informação, identidade e memória decorrem do reconhecimento de que a ciência do fatos históricos do país é fundamental para formação da consciência social, de modo a lhe assegurar o conhecimento do que verdadeiramente ocorrera em seu passado e a partir disso refletir sobre seu atual estágio e seu futuro.

Daí a luta de familiares que perderam seus entes queridos durante o regime totalitário de 1964 a 1985 em verem divulgadas informações do que ocorrera naquela época, como forma também de resgate e garantia do direito à memória e forma de minimizar o sofrimento por eles sentidos durante todo esse tempo, mesmo que por meio do luto:

A memória, por ser registro de fato ou acontecimento histórico e mesmo psicológico, individual e coletivo, exerce função primordial na evolução das relações humanas: é a base sobre a qual a sociedade pode afirmar, redefinir e transformar os seus valores e ações. Por isso, ao suscitar a memória, é imprescindível analisar a história e as características psicológicas que conformam o processo de constituição da identidade de um povo, a qual pressupõe, por sua vez, a imagem que se tem de si e da coletividade da qual se faz parte. Não se trata, com efeito, de alterar o que é fato consumado: as experiências negativas são um instrumento útil à redefinição de valores. Trata-se, sim, de empreender a tarefa, individual e coletiva, de resgatar a memória e de revelá-la, tal e como ela é, a fim de não se repetirem os mesmos erros anteriores (BARBOSA, 2007, p. 157).

A verdade histórica é direito inafastável, elemento constitutivo da identidade individual e coletiva, assegurado por meio de diversos valores e princípios constitucionais, pressuposto necessário para a formação da memória tão cara para a identidade de um povo.

Observa-se pela análise de tal direito que ele está estritamente ligado ao instituto da anistia, tendo em vista que é por meio do acesso à verdade dos fatos que as famílias dos militantes políticos e da população como um todo buscam saber o que realmente ocorrera na época da ditadura militar brasileira (1964-1985).

Visando dar publicidade aos fatos relacionados às perseguições políticas, “com o objetivo principal de resgatar e divulgar publicamente os fatos, por meio dos processos e das caravanas, honrando as vítimas ao apresentar as desculpas públicas em nome do Estado e revivendo a memória na promoção de seminários e colóquios públicos” (KRSTICEVIC; AFFONSO, 2011, p. 373), entidades sócio-políticas e famílias de vítimas do regime militar de 1964 divulgam as parcas informações obtidas, muitas alcançadas por meio do ingresso às esferas jurisdicionais nacional e internacional, e lutam para que o Estado abra efetivamente os arquivos da ditadura e divulguem o que verdadeiramente ocorrera nessa época.

A ponderação principiológica impõe considerar a anistia compatível com o direito à memória e à verdade. Sob pena de um reducionismo politicamente imaturo, o esquecimento, a amnésia, expressão que contém a mesma base etimológica da anistia, deve ser tão somente quanto à persecução da punibilidade, não quanto ao esclarecimento dos fatos ocorridos.

2. Crítica à Dogmática da Anistia no Direito Brasileiro e à Lei De Anistia De 1979

O vocábulo anistia deriva da palavra latina *amnestie*, que advém do radical grego *amnéstia* e da expressão romana *generalis abolitio* (MARTINS, 2010, p. 25)³.

A anistia é um instituto jurídico que traz uma importante possibilidade de instituição política em momentos de transição, por meio dela as necessidades de estabilização de momentos de anormalidade pode ser alcançado para que uma nova configuração política possa ser implementada. A anistia, portanto, é um instrumento jurídico com função política prospectiva. Esquecer o passado e os atos nele praticados em momento de crise para construir o futuro. Mas e aqueles que em razão de tais atos não poderão participar desse futuro e o valor educativo e prospectivo da própria memória, como ficam essas questões em situações de

³ Na perspectiva histórico-política, a anistia consiste em “um ato eminentemente político destinado a promover o esquecimento dos crimes e processos decorrentes das lutas e divisões internas dos povos [com o escopo de] reconquistar a paz” (MARTINS, 2010, p. 25). A anistia pode ser analisada sob um parâmetro jurídico *latu sensu*, segundo BASTOS (2009, p. 47), sendo entendida nessa perspectiva como um perdão concedido pelo Estado, única entidade habilitada a exercer o *jus puniendi* no ordenamento jurídico brasileiro, aos indiciados pela prática de uma conduta considerada típica, conforme se pode apreender do artigo 107, inciso II, do Código Penal pátrio. Na perspectiva penalista, a anistia, juntamente com a graça e o indulto constituem umas das formas mais antigas de extinção da punibilidade, sendo conhecidas no passado como clemência soberana, *indulgencia principis*, as quais eram concedidas com o escopo de atenuarem as excessivas consequências das sanções penais, muitas vezes desproporcionais à conduta delitiva (BITENCOURT, 2010, p. 803).

anistia e como ficaram essas questões no caso da anistia iniciada em 1979. Trata-se aqui de um complexo problema jurídico de dimensão eminentemente constitucional, que pretende ser enfrentado no presente trabalho.

No Brasil, a anistia remonta ao Brasil Colônia, a partir o episódio da Inconfidência Mineira, se repetiu por diversas ocasiões também durante o Império e a República (cf. MARTINS, 2010, p. 31 *et seq.*)

Em 28 de agosto de 1979, foi aprovado Projeto de Lei de Anistia apresentado pelo presidente da República Tancredo Neves. A Lei nº. 6.683/79 não trata de uma anistia ampla, geral e irrestrita, tendo em vista que não abarcou os que haviam cometidos crimes de terrorismo, mas é inconteste que foi um avanço para a época e pode ser considerada a anistia possível naquele momento.

Em 1985, já com o fim da Ditadura Militar, foi editada a Emenda Constitucional nº. 26 que anistiou todos os servidores públicos da administração direta e indireta, militares punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares, e os autores de crimes políticos ou conexos, dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, servidores civis ou empregados que foram demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política.

Posteriormente, a anistia foi prevista na Constituição de 1988, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, e na Medida Provisória nº. 2.151, de 31 de maio de 2001, que regulamenta o artigo 8º dos ADCT. A concessão desse instituto foi importante por definir o regime jurídico do anistiado, ampliar criar a Comissão de Anistia no âmbito do Ministério da Justiça, e conceder o direito à declaração de anistiado político, bem como à reparação econômica.

A anistia lança ao esquecimento fato definido como crime, extinguindo a punibilidade e os efeitos da conduta delitiva na vida do agente do ilícito, sendo concedida para atender a diversos fins, dentre esses, destacam-se:

- (i) Quando se verificam modificações excepcionais das relações comunitárias ou da situação pessoal dos agraciados; (ii) se há necessidade de corrigir (ou minorar consequências de) um erro legislativo ou judiciário; (iii) quando a graça se mostrar necessária, excepcionalmente, à socialização do condenado ou à não individualização desta; (iv) quando houver necessidade de redução da população prisional, o alívio do aparelho judicial e penitenciário; (v) nos casos em que seja imprescindível a contribuição para criar a imagem de um Estado clemente, tolerante e compreensivo (BASTOS, 2009, p. 46).

Assim, a anistia, segundo as cortes internacionais (RAMOS, 2001, p. 225), pode violar os direitos fundamentais das vítimas, pelo fato de tal instituto impedir, muitas vezes, o

exercício do direito à verdade e à punição de seus algozes pelo Estado, os quais se relacionam ao da dignidade da pessoa humana.

A anistia, portanto, por visar o esquecimento dos fatos delitivos, acaba por represar o sentimento de justiça e o direito à memória das vítimas. O respeito à vítima e a necessidade de se evitar esse duplo sofrimento tem levado tribunais, cortes nacionais e estrangeiras defenderem e assegurarem direitos a esses sujeitos forçando os Estados a se responsabilizarem pelas mais variadas formas de crimes praticados contra a população.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos buscando, também, assegurar garantias às vítimas das ditaduras dos Estados signatários de convenções americanas, nos casos em que se questionam a validade das leis de anistia, defende-lhes o direito de acesso à justiça, proteção judicial, reparação, verdade, informação e memória.

As Organizações das Nações Unidas age de modo semelhante, tendo em vista que defende a proteção à integridade e aos direitos das vítimas diretas, bem como à sociedade que sofreu com as barbáries de *regimes de exceção*, como medidas iniciais, a instauração de processos judiciais para apurar os crimes cometidos pelos agentes da repressão e o direito à memória. É o que se pode apreender no seguinte trecho de um Relatório por ela divulgado:

17. No se trata solamente del derecho individual que toda víctima, o sus parientes o amigos, tiene a saber qué pasó en tanto que derecho a la verdad. El derecho de saber es también un derecho colectivo que tiene su origen en la historia para evitar que en el futuro las violaciones se reproduzcan. Por contrapartida tiene, a cargo del Estado, el "deber de la memoria" a fin de prevenir contra las deformaciones de la historia que tienen por nombre el revisionismo y el negacionismo; en efecto, el conocimiento, para un pueblo, de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y como tal debe ser preservado. Tales son las finalidades principales del derecho de saber en tanto que derecho colectivo.

18. Dos series de medidas se proponen a este efecto. La primera concierne a la puesta en marcha, a corto plazo, de comisiones no judiciales de investigación. Salvo que haya una justicia rápida, y esto es poco común en la historia, los tribunales no pueden sancionar rápidamente a los asesinos y sus cómplices comanditarios. La segunda serie de medidas tiende a preservar los archivos que tengan relación con las violaciones de derechos humanos (JOINET, 1998).

A anistia por causar uma violação secundária à integridade da vítima, tende ao desuso nos Estados Democráticos e Humanistas de Direito, a ponto de se observar que quanto menos solidificada e independente a estrutura e instituição jurídica de uma nação, maior a necessidade de se valer dos mecanismos de graça (MARTINS, 2010, p. 26).

A anistia é um típico instrumento usado pelos Estados em processo de *transição política* rumo à democracia, usada pelos países que passam por períodos de exceção e que precisam adotar medidas para alcançarem a estabilidade político-jurídica:

[...] para que existam transições democráticas, é necessária uma série de medidas judiciais e não judiciais com o intuito de “resolver” as injustiças e ilegalidades do passado, bem como contar a obscura história do passado,

ocorrida durante um regime autoritário e por fim, garantir a estabilidade estatal e que aqueles crimes não mais ocorram. Desse modo, denominou-se justiça de transição uma série de iniciativas através de mecanismos internacionais e regionais nos países em processo de democratização, envolvendo suas políticas públicas, suas reformas legislativas e o funcionamento de seu sistema de justiça, para que seja possível uma transformação política bem sucedida, e alcançar não apenas a democracia eleitoral, mas sim o Estado de Direito (BIDNIUK, 2011).

A anistia funciona como uma espécie de prescrição seletiva e pontual, que almeja suprimir as características delitivas de infrações políticas ou relacionadas a conflitos sociais. Diante dessa premissa, Ricoeur (2000, *apud* BASTOS, 2009, p. 63) desenvolve a tese de que é um “esquecimento comandado” que deve ser visto e usado com bastante cautela pelos Estados, vez que a anistia apresenta dois vieses, um, que objetiva alcançar a paz e, outro, que trata da renúncia da responsabilização penal pelos fatos perdoados, com o escopo de garantir uma unidade nacional, objetivando, com isso, apagar os crimes da memória oficial. Por isso, deve ocorrer observação de vários princípios fundamentais, o que parece ser de difícil verificação, tendo em vista que tal instituto, principalmente quando visa relegar ao esquecimento os crimes políticos, será concedido em um cenário de instabilidade, decorrente, de transição política, conflitos internos, guerrilhas e exílios, em que a anistia será:

uma forma político-judicial de esquecimento que figurativamente “coloca o passado fora de vista”. Nesse caso, o passado é aqui movido para longe do alcance da justiça e para as sombras do esquecimento cívico. O objetivo da anistia, conforme já discutido anteriormente, é a paz civil, nascida a partir da necessidade de proteger uma democracia jovem e vulnerável, a fim de que ela não seja rompida pelo espírito de revanche do passado. A democracia e o seu futuro, de acordo com essa visão, prevalecem em detrimento do passado e das reivindicações de justiça (BASTOS, 2009, p. 66).

3. Crítica à dogmática da anistia frente à ordem jurídica internacional

Nas décadas de 60 e 70 do século XX, a América Latina foi marcada por uma série de golpes de Estado encabeçada pelas Forças Armadas em nome de uma Doutrina de Segurança Nacional, que visava combater o inimigo público interno, qual seja, o avanço dos ideais comunistas e socialistas entre a população e uma possível tomada do poder por parte desse grupo. As ditaduras militares que se instalaram no poder sob a alegação de impedir esse “inimigo interno” passaram a valer-se de todos os meios que julgavam necessários para se manterem no comando do Estado, tanto que qualquer cidadão que tivesse opinião que contrastasse com a por eles propagada e defendida era visto como subversivo e, portanto, deveria ser combatido. Os meios utilizados pelos regimes totalitários eram diversos, destacam-se as inúmeras formas de tortura, prisões e exílios.

No final da década de 70, a bipolaridade mundial se enfraqueceu, a população dos Estados tomados pelas ditaduras militares foi se organizando e impondo cada vez mais resistência. Acresce a tais fatores, ainda, o corte do apoio político-econômico do governo estadunidense aos regimes totalitários. É nesse contexto de queda dos militares do poder e de transição ao regime democrático, que inúmeras leis de anistia foram sendo publicadas e entraram em vigor nos países assolados por ditaduras, “quer pelos governantes militares, na esperança de evitar discutir suas políticas repressivas, ou, por políticos recém-eleitos que procuravam fortalecer as frágeis instituições democráticas” (MALLINDER, 2011, p. 473).

Nesse contexto, as leis de anistia representaram forma, em princípio politicamente fácil e pacífica, de transição de regime, de um processo de (re)democratização, não obstante simbolizarem, para algumas das concepções atuais, a impunidade e desrespeito aos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos pelos tratados e convenções. Destarte, dessas concepções díspares, surgiram diversas discussões sobre as leis de anistia na América Latina, ganhando destaque órgãos internacionais, que as vêem como ilegítimas, de um lado e, de outro, os países que, ao menos a princípio, defendem a legitimidade de suas leis anistiadoras. Fomentou-se, uma dualidade entre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e as leis internas que concedem essa espécie de graça.

Cresce a pressão das comunidades internacionais para que os Estados investiguem, julguem e punam os agentes repressores em regimes ditatoriais (ROJAS, 2010, p. 74). Ocorre, no entanto, que tal reivindicação esbarra em debates sobre a soberania.

Considerando as circunstâncias de legitimidade das leis de anistia em cada país, é possível dividi-las em quatro categorias das mais amplas e com menos apoio internacional, às mais restritivas e com mais apoio: anistias em branco⁴; anistias localmente legítimas com imunidade parcial⁵; anistias com legitimidade internacional e imunidade parcial⁶; e anistias com legitimidade interna e internacional e imunidade parcial⁷ (BASTOS, 2009, p. 118-176).

⁴ A anistia em branco foi a primeira a surgir no cenário internacional, e caracteriza-se por ser fruto dos interesses e anseios dos detentores do poder no regime totalitário, tendo sido concedida no momento em que tais agentes afastaram-se do governo. Assim, caracterizam-se por não responsabilizarem as autoridades estatais pelos diversos crimes cometidos contra a população, nem tampouco distinguir os motivos ou as espécies de delitos a serem perdoados, abrangendo os crimes políticos, comuns ou contra a humanidade. Essa categoria foi comum nos países latino-americanos, após anos de Ditadura Militar e de negociação política para transferência de poder, sendo o caso das leis de anistia do Brasil (1979), Chile (1978), Argentina (1987), Peru (1995), El Salvador (1993), Nicarágua (1990) e Serra Leoa (1999).

⁵ A anistia localmente legítima e com imunidade parcial caracteriza-se por ter um alcance menor que a da categoria anterior, visto que exclui do esquecimento os crimes comuns e os cometidos por razões pessoais. Ademais, já asseguram às vítimas do regime de exceção diversas formas de reparações. Enquadra-se nessa espécie as leis de anistia do Uruguai (1985) e África do Sul (1993).

⁶ A anistia com legitimidade internacional e imunidade parcial caracteriza-se por perdoar apenas os crimes políticos previstos em lei interna ou tratados e convenções internacionais, sendo que são responsáveis por

Superando as teorias, dualista e monista, sobre a relação entre os poderes constituintes nacional e internacional, que refletem nada menos que as atuais preocupações sobre a reconfiguração da soberania nas sociedades atuais, numa disputa entre teses internacionalistas e nacionalistas em que nem sempre os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana são o foco do debate (cf. MAZZUOLI, 2009, p. 64-78), deve-se buscar pensar sobre como compatibilizar o respeito à auto-determinação dos povos com proteção dos Direitos Humanos, o que se traduz na questão de se saber quando e mediante quais requisitos um Estado pode afirmar sua soberania quando a questão versar sobre os direitos do homem.

Não é raro encontrarmos estudos visando demonstrar que quanto menos participação dos organismos internacionais, mais irrestrita e pouco participativa é a anistia concedida, ao passo que quanto mais intervenção dos organismos internacionais, mais limitada e participativa é a concessão desse instituto (BASTOS, 2009, p. 175). A questão, porém, não parece poder ser compreendida a partir de indicador tão simplório.

4. Peculiaridades do modelo anistiador de 1979

A Lei nº. 6.683/79 é fruto de um processo lento e gradual empreendido pela sociedade brasileira desde o golpe militar de 1964, associada à busca pela redemocratização do país. Assim que assumiu o poder, o “Comando Revolucionário” cassou o direito político de inúmeros brasileiros, demitiu servidores públicos, reformou militares, efetuou diversas prisões, indiciou várias pessoas, fechou entidades de coordenação sindical, passou a supervisionar centenas de sindicatos, impôs censura à imprensa, fechou diversos jornais e editoras, e extinguiu os partidos políticos.

Diante de todas essas arbitrariedades praticadas pelos militares que assumiram o poder, surgem manifestações em prol da concessão de anistia aos acusados pela ditadura, visto que não havia um critério regular, nem provas consistentes para as acusações. Em razão de tal anseio popular, apresenta-se no Congresso Nacional um projeto de lei que visava anistiar todos os estudantes, trabalhadores e intelectuais punidos por participarem de manifestações populares que ocorreram a partir de 28 de março de 1964. Entretanto, apesar da ampla repercussão e do apoio popular, tal proposta foi rejeitada naquele momento.

conceder tal instituto os órgãos “quase-judiciais”. Nessa categoria, em que há um maior envolvimento dos órgãos e institutos internacionais, encontra-se a lei de anistia do Haiti (1994).

⁷ Por fim, a anistia com legitimidade interna e internacional e imunidade parcial trata da espécie de lei de menor abrangência, tendo em vista que não viola qualquer disposição prevista em tratados internacionais, ou seja, não exime de responsabilizar aqueles que praticaram crimes em que o Estado se responsabilizou internacionalmente a processar, bem como por ser aprovada pelo Conselho de Segurança da ONU ou por tratado multilateral. Encontra-se nessa categoria as leis de anistia da Bósnia-Herzegovina e Croácia (ambas de 1996).

Em dezembro de 1968, o governo editou o Ato Institucional nº. 5, instituiu uma espécie de estado de sítio no Brasil, suspendendo as garantias civis e extinguindo o instituto do *habeas corpus*. Em virtude desse estado de exceção que se instaurou no país, “a partir de 1969 até 1973, vamos assistir à guerrilha rural e às ações armadas urbanas com atentados, assaltos e sequestros de embaixadores, estes com o objetivo de requerer a soltura de prisioneiros políticos” (MARTINS, 2010, p. 156).

Quase um ano depois do AI nº. 05, em 1969, uma nova Constituição foi outorgada e, dentre outras disposições, estabeleceu a punição perpétua, inclusive com efeitos retroativos, pena de morte e banimento, bem como dispôs que a competência para aprovar a anistia, formalmente, cabia ao Poder Legislativo, contudo, era de competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa da lei que dispusesse sobre tal instituto.

Desde então, a luta pela anistia intensificou-se como instrumento para proteção daqueles que tiveram suas condutas criminalizadas pela ditadura militar. Uma anistia ampla, geral e irrestrita era o lema da população que se mobilizou em todo o país. Todavia, restava a questão de se saber quem afinal deveriam ser os anistiados.

No contexto das manobras do Governo para evitar um revanchismo, o então presidente da República João Figueiredo, em junho de 1979, encaminhou ao Congresso Projeto de Lei de Anistia. Esse Projeto foi alvo de inúmeras críticas, emendas e manifestação popular, dirigidas à pretensão dos militares em conceder uma anistia recíproca.

O Governo, contando com maioria folgada no Senado Federal, conseguiu, em 28 de agosto de 1979, aprovar e promulgar o Projeto de Lei de Anistia, podendo ser analisado todo esse processo lento e gradual da seguinte forma:

Como lembrou o brasilianista Thomas Skidmore - que entrevistou muitos dos personagens mencionados -, a anistia foi negociada: foi uma transação política. Os líderes da oposição sabiam que só podiam passar a um regime aberto com a cooperação dos militares. Poderia haver futuras tentativas de reabrir a questão, especialmente por parte daqueles próximos das vítimas da tortura. Mas por enquanto os políticos brasileiros receberam uma lição, para o melhor ou o pior, sobre a arte de “conciliação” (FICO, 2011, p. 318).

O cerne da polêmica sobre a Lei de Anistia de 1979, consiste no determinado em seu artigo 1º, § 1º, vez que a interpretação que perdurou foi que esse dispositivo legal concedeu a anistia tanto aos militantes políticos, quanto aos agentes da repressão.

Sob um ponto de vista político, tal entendimento consiste em uma reviravolta estratégica, frustração à luta da sociedade brasileira durante a década de sessenta, em prol da anistia aos civis que lutaram contra o regime político ditatorial. Assim, após anos de debate, a

anistia, de instrumento para a limitação do poder ditatorial, se converte em instrumento de salvar-guarda para os próprios agentes ditatoriais.

Do ponto de vista jurídico, o debate tem início na celeuma acerca do que será considerado crime político e crime conexo a crimes políticos. Trata-se de delimitação de difícil desenho dogmático. Tal dificuldade perpassou os tribunais. Exemplo disso é a indefinição patente do Superior Tribunal de Justiça manifestada no Acórdão nº 036129, de 11 de fevereiro de 1981. Da própria indefinição do que seja crime político desdobra-se exponencial dificuldade quanto aos conexos e este. Tem-se defendido que são aqueles:

[...] que sejam meios para a prática de crimes políticos, ou para escapar às penas desses (o chamado crime político impróprio), bem como quaisquer outros (ainda que não relacionados objetivamente com um crime político), desde que praticados com motivação política, ou seja, a finalidade da motivação política é que determina a existência de um crime conexo ao político (BASTOS, 2009, p. 194-195).

Destarte, a indefinição teve como efeito um alargamento do alcance da proteção anistiadora, visto que crime político, para fim da Anistia de 1979, restou fixado como todo aquele praticado por motivação e fim político. Diante disso, infere-se que os mesmos abarcam tanto aos atos praticados pelos agentes da repressão como pelos militantes políticos, tendo em vista que nos dois grupos houve motivações de cunho político com o fito de se buscar os mecanismos para assumirem e/ou perpetuarem no poder.

Do ponto de vista do direito, destarte, tanto os militares que praticaram os crimes de assassinato, estupro, tortura e homicídio, como o dos militantes que realizaram sequestros e mortes, teriam praticado crimes políticos, tendo em vista que os primeiros praticavam tais atos com o escopo de perpetuar-se no poder, ao passo que os outros, de assumi-lo.

A Lei nº. 6.683/79 que só não concedeu uma anistia absolutamente ampla, geral, irrestrita por excluir, pelo menos no papel, aqueles agentes que fossem condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. Inexiste, porém, caso de condenação agentes ditatoriais por esses crimes.

Outra peculiaridade da anistia brasileira gravita entorno da relação desta com o direito à memória e à verdade. No Brasil, tem-se confundido essas duas questões, de sorte que os que defendem a anistia ampla, são contrários às ações governamentais em prol da memória e da verdade e, por outro lado, os que são a favor das políticas voltadas para o exercício do direito à verdade quanto ao período ditatorial, defendem em geral a derrocada da anistia. O contra-censo se estabelece justamente porque, ao largo da discussão sobre o alcance da anistia, seu efeito é obstar a persecução penal da conduta de tais agentes, não se havendo qualquer óbice para a investigação dos fatos que ocorreram àquela época. Ora, persecução

penal difere de investigação acerca dos fatos ocorridos. A primeira pressupõe a segunda, mas a segunda não precisa desaguar na primeira: Por isso,

[...] amplo e inédito desenvolvimento da justiça transicional brasileira, aliado à persistência da Lei de Anistia e aos recentes desafios impostos a ela, inclusive pela jurisdição internacional (dado o julgado da Corte Interamericana) [...]. O processo brasileiro, como um todo, desafia algumas afirmações referentes a leis de anistia e sua legitimidade, e, ainda mais especialmente, permite o questionamento de variadas afirmações egressas do campo da justiça de transição. (PAYNE; ABRÃO; TORELLY, 2011, p. 28).

Em razão dessa nova conjuntura, o Estado reconheceu sua responsabilidade pelas inúmeras mortes provocadas pelos seus agentes ocorridas na época do regime militar instaurado em 1964 e vem adotando medidas que contribuem para o regime de transição rumo à democracia do país, concedendo indenizações e pedidos oficiais de desculpas.

4. Aplicação do Duplo Controle Vertical de Juridicidade à Lei De Anistia De 1979

4.1. Teoria do Duplo Controle Vertical de Juridicidade

Frente ao atual contexto globalizado, é cediça a importância que o a ordem jurídica internacional está adquirindo nos últimos anos, principalmente, quando se fala em questões relacionadas aos direitos humanos e às transições políticas. A compreensão do controle de convencionalidade perpassa pelo *status* hierárquico que os tratados internacionais assumem no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse processo, pode haver peculiaridades quando o tratado internacional ratificado tratar sobre direitos humanos, em razão de esses terem posições hierárquicas diferentes daquela apresentada pelos tratados internacionais comuns, haja vista a possibilidade de adquirirem *status* constitucional ou supralegal.

O § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 prevê que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, desde que, destarte, sejam respeitados os limites impostos ao poder de reforma pelo constituinte originário.

Os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados antes da inserção de tal parágrafo na Carta Magna, que se deu com a Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004, terão *status* de supralegalidade, juntamente com os demais tratados da mesma natureza que não foram aprovados com o quórum qualificado pelo dispositivo retro transcrito, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal consagrado em 2008, em

consonância com as constituições alemã, francesa e grega, nos seguintes julgados: HC 87.585/TO e RE 466.343/SP.

O controle de convencionalidade das leis consiste, em síntese, no esforço de compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados Brasil (MAZZUOLI, 2011, p. 73) seu caráter deve ser entendido como complementar ao controle de constitucionalidade:

[...] todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a *Constituição* e os *tratados de direitos humanos* (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo estado; e (2) os *tratados internacionais comuns* também ratificados e em vigor no país. A compatibilidade das leis com a Constituição é feita por meio do clássico e bem conhecido *controle de constitucionalidade*, e com os tratados internacionais em vigor no país (sejam ou não de direitos humanos) por meio dos controles de *convencionalidade* (em relação aos tratados de direitos humanos) e de *supralegalidade* (no que toca aos tratados comuns), tema até então inédito na doutrina brasileira (MAZZUOLI, 2011, p. 75) ⁸.

Diante da existência de tal controle, por conseguinte, as leis ordinárias em sentido amplo sujeitam-se tanto ao controle de convencionalidade ou supralegalidade como ao de constitucionalidade. De modo que, a compatibilidade da lei ordinária *latu sensu* com a Carta Magna não lhe assegura a validade no plano do direito interno, haja vista a necessidade de serem compatíveis também aos tratados internacionais de direitos humanos internalizados (MAZZUOLI, 2011, p. 96). Certo, porém, que os tratados internacionais dotados de supralegalidade, uma vez ratificados pelo Brasil, sobretudo quando tal procedimento ocorrer de forma a atribuir-lhes força de emenda à Constituição, precisam receber interpretação conforme a constituição, com exigência de recíproca conformação, porém com respeito aos elementos constitucionais dotados de hiper-rigidez.

Do ponto de vista jurisdicional, o exame e atos normativos ou concretos praticados por ente estatal devem receber um duplo controle. Sujeitam-se à avaliação pela corte constitucional interna e à avaliação pelas cortes internacionais de direitos humanos, ambas devendo considerar a conformação recíproca nas normas constitucionais internas com

⁸ “Há muitos anos defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira têm *status* de norma constitucional, independentemente de maioria aprovatória no Congresso Nacional, pelo simples fato de entendermos que tais instrumentos têm um fundamento ético que ultrapassa qualquer faculdade que queira o Estado ter (em seu domínio reservado) de alocá-los em "níveis" previamente definidos. Daí termos sempre entendido que o único "nível" que poderia ter um instrumento internacional dessa natureza (ou seja, que veicula normas de direitos humanos) era o nível das normas constitucionais, exatamente por serem estas últimas as que mais altas se encontram dentro da escala hierárquica da ordem jurídica interna” (MAZZUOLI, 2009, p. 1).

as normas de direito internacional. As Cortes Internacionais, porém, não são soberanas em relação àquelas, daí o cerne do problema enfrentado nesse trabalho.

Assim, cabe também aos órgãos da justiça nacional, realizarem o controle de convencionalidade das leis em relação aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, com o escopo de “adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este, deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno” (MAZZUOLI, 2011, p. 133).

No caso da concorrência entre tais tratados internacionais e os dispositivos constitucionais um dos indicadores para a interpretação conformadora que deve ser realizada o princípio *pro homine*, segundo o qual a primazia deve ser da norma que, no caso concreto, mais proteja os direitos do homem (MAZZUOLI, 2011, p. 137).

4.2. A ADPF n.º. 153

Diante a questão o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil provocou o Supremo Tribunal Federal, com o escopo de que interpretasse o artigo 1º, § 1º, da Lei n.º. 6.683/79 de forma definitiva e proferisse a visão jurídica sobre essa matéria.

Em suma, o pedido consistiu na provocação do STF para que interpretasse o dispositivo legal retro em conformidade com a Constituição Federal de 1988, de modo que declarasse, à luz de seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela Lei de 1979 aos crimes políticos ou a eles conexos, não se estendesse aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra seus opositores políticos durante a ditadura militar.

O Requerente não obteve êxito em seu pedido tendo em vista que o STF, por 7 (sete) votos a 2 (dois)⁹, julgou improcedente o pedido, sob o argumento de que a Lei de Anistia foi o resultado de um amplo diálogo nacional com plena participação popular, de uma verdadeira transição rumo à democracia, a qual buscava ser pacífica, a ponto de se aceitar a concessão da anistia aos crimes políticos e os a eles conexos, qual seja: aqueles crimes de qualquer natureza relacionados com os políticos ou praticados por motivação política.

Debates se seguiram na sociedade civil.

Em uma perspectiva política, entendeu-se que a Egrégia Corte foi conivente com as restrições aos direitos civis e políticos impostas aos cidadãos brasileiros no período do regime totalitário (ARAÚJO MARTINS, 2011, p. 43-46). Ademais, alega-se que essa

⁹ No julgamento, o voto de indeferimento do pedido formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil do Ministro Relator Eros Grau foi acompanhado pelos ministros Carmen Lúcia, César Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Celso de Mello. Votando em sentido oposto apenas os ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto.

sentença não passou de uma atitude política do STF, que confirma que o regime democrático não está consolidado no Brasil e consistiu em uma repetição da imposição ao silêncio à sociedade brasileira. A sentença do STF consistiu em uma reafirmação de um Estado que insiste em não trazer à tona, à sociedade, a dor e memória de um passado sombrio da história brasileira (DELFINO; ROSSI, 2008, p. 80-82).

Já sob uma perspectiva mais focada nos aspectos jurídicos da questão, há os que se posicionaram favoráveis à decisão do STF e os que se mostraram contrários.

Os que coadunam com o entendimento apresentado pelo STF argumentam que a sentença proferida na ADPF nº. 153 consistiu no término do processo de construção da democracia brasileira iniciada nos períodos finais do regime totalitário instaurado no país (1964-1985), bem como foi marcada por uma fundamentação jurídica e um processo hermenêutico filosófico condizente com o Estado Democrático de Direito, que pensa nos direitos fundamentais como um bloco, em que todos eles possuem o mesmo peso. Inclui-se nesse bloco, a segurança jurídica, como principal base de argumentação favorável à manutenção do entendimento já fixado para o alcance da Lei de Anistia (ABRÃO; TORELLY, 2010, p. 113).

Entendem, outros, que a Lei de Anistia de 1979 é válida por ser fruto de uma conciliação nacional, tendo em vista que contou com a participação de toda a sociedade brasileira que ansiava por uma transição pacífica rumo à democracia e visava alcançá-la com a concessão do perdão de forma ampla e geral (FICO, 2010, p. 329). A alteração de seu teor, nos moldes do pedido do CFOAB, representaria um revanchismo, uma mera vingança da sociedade brasileira com aquilo que já foi solucionado e fadado ao esquecimento. Ademais, em de ser um ato eminentemente político, aduzem que cabe apenas ao Congresso Nacional revisar a Lei de 1979 e realizar a mudança em seu entendimento (LIMA, 2011, p. 6-7).

Defende-se que seria discrepante e ultrapassada nessa fase da história brasileira, que corresponde ao período democrático mais longínquo registrado pelo país, apreciar os crimes praticados por um regime já superado e somente agora submeter os agentes estatais a julgamento, já idosos ou mortos (LIMA, 2011, p. 6-7). Aduzem que mudar a interpretação até então prevalecente nos Tribunais pátrios quanto ao alcance da anistia, seria uma violação à segurança jurídica, ato jurídico perfeito e coisa julgada (CARDOSO, 2008, p.1).

Em sentido oposto, há aqueles que se mostram resistentes à decisão da Colenda Corte. Para esses, o entendimento do STF, fortemente fundado nos argumentos supostamente históricos apresentados no Relatório de Eros Grau e seguido pela maioria dos ministros, está cerceado com um conteúdo injusto, contrário aos preceitos fundamentais e democráticos

insetos na Constituição Federal de 1988, bem como representou a impunidade dos agentes públicos que cometeram as mais diversas formas de violações aos direitos humanos nacionais e internacionais (SILVA FILHO, 2010, p. 1-4).

Argumentam que esse ato do Supremo formalizou, legalizou e legitimou as arbitrariedades e crimes praticados pelos agentes da repressão durante o regime militar brasileiro, a ponto de criar a incongruência de o Estado conceder anistia aos seus próprios agentes (RODRIGUES; QUINTANILHA, 2011, p. 2). Impunidade, conivência com a violação dos direitos fundamentais e retrocesso democrático seriam marcas dessa decisão (RODRIGUES; QUINTANILHA, 2011, p. 4).

Entendem, ainda, que não podem ser considerados conexos aos crimes políticos aqueles praticados pelos agentes públicos com o intuito de extirpar os opositores do regime de exceção instalado no Brasil (1964-1985), em razão de que a conexão de crimes pressupõe a identidade de propósitos e objetivos entre seus agentes e é evidente a não existência desse liame entre os que cometiam crimes políticos por se oporem à ditadura militar no país e os que praticavam os crimes comuns com o fim de silenciar todos aqueles que se levantassem contra o regime de exceção (BALESTERO, 2010, p. 2-4).

Aduzem, ainda, que não há de se falar que a mudança do teor do dispositivo questionado na ADPF nº. 153 alteraria situações jurídicas consolidadas, uma vez que a Lei nº. 6.683/79 não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XLIII), tendo em vista que essa veda a concessão de anistia aos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos. (BALESTERO, 2010, p. 2-4).

Além disso, não há que se levantar a figura da segurança jurídica, em razão de ser impossível valer-se dessa norma-disposição para assegurar atos delitivos, evidentemente contrários à Lei Maior vigente (VENTURA, 2010, p. 26).

Refutam, também, qualquer espécie de acordo para a concessão da anistia política entre o governo militar e a população, por não ter havido uma efetiva participação popular nesse processo. Indagam como poderia ocorrer participação do povo, sabendo-se que quando de sua concessão o Brasil estava em pleno estado de exceção, em que havia censura aos meios de comunicação e cerceamento da liberdade de expressão (MACHADO, 2011, p. 1-2).

Alegam ter ocorrido violação ao princípio da isonomia na sentença da ADPF nº. 153, ao tratar igualmente os desiguais quando da concessão do perdão político tanto aos militares, quanto aos militantes políticos, tendo em vista que esses se encontram em plena desigualdade. (MEZAROBBA, 2010, p. 7-12).

Entendem, ademais, que não há de se falar no princípio da irretroatividade da lei penal, pelo simples fato de o Egrégio Tribunal não ter criado lei, mas tão somente ter realizado um processo hermenêutico ao caso em tela. Nem tampouco há de se realizar qualquer argumento com fundamento na Emenda Constitucional nº. 26/1985 como fez o Supremo, em razão da Constituição Federal de 1969 ter sido revogada pela de 1988 e o fenômeno da desconstitucionalização ser vedado no ordenamento jurídico pátrio (SILVA FILHO, 2010, p. 35-36).

A sentença do STF na ADPF demonstra, para uma significativa parcela da comunidade jurídica brasileira, que nossa corte constitucional mantém-se presa à redoma do servilismo a uma pseudociência dogmática:

A manutenção da interpretação da Lei nº. 6.683/1979 [pela cúpula constitucional brasileira] simboliza a permanência de todo arcabouço jurídico constituído no contexto de um regime de exceção. Os argumentos elencados pelos ministros do STF para fundamentarem a declaração de improcedência da ADPF 153, ignoraram os acordos e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, deixando clara a exclusão destes de seu ordenamento. Além disso, evidenciaram a supremacia do direito nacional, valendo-se do direito adquirido, da imutabilidade da ordem social vigente e do culto à coisa julgada (RODRIGUES; VÉRAS NETO, 2011, p. 4).

Por fim, quanto ao âmbito externo, alegam que a manutenção do teor do dispositivo questionado pelo CFOAB representou uma violação aos tratados internacionais ratificados e evidenciou, nos argumentos utilizados pelos ministros do STF, ao declararem a improcedência da ADPF, a supremacia do direito nacional e a negação da possibilidade de se analisar as violações de direitos ocorridos durante o regime de exceção sob a ótica do direito internacional (MEZAROBBA, 2010, p. 18-19). Ademais, deixou claro o desconhecimento e o desdém da cultura jurídica brasileira pelo Direito Internacional Público (VENTURA, 2010, p. 5) e ao novo direito transconstitucional crescente no cenário jurídico global.

Diante de tais considerações, prevaleceu o entendimento de que a Lei de Anistia brasileira de 1979 foi considerada recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Não obstante, mesmo que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, não caiba a persecução criminal aos crimes praticados pelos agentes estatais da ditadura, isso não quer dizer que o Estado deve ficar imune de qualquer responsabilização às vítimas do governo de exceção. Ora, uma coisa é a persecução penal, outra a investigação do que ocorrera aquela época.

Assim, nada obsta a responsabilização do Estado, as quais são, aliás, necessárias e fundamentais para a efetiva transição democrática em que o país atravessa, tais como: a garantia do direito à verdade, memória e informação; reparações pecuniárias; formação de Comissão de Verdade; publicidade dos documentos concernentes ao período considerados

sigilosos; cursos e palestras que abarquem diversos setores da sociedade que demonstrem as atrocidades cometidas pelos agentes da repressão no período ditatorial (1964-1985); formação de banco de DNA dos familiares que tiveram seus entes desaparecidos na época do regime de exceção com escopo de se identificar os restos mortais dos mesmos e prosseguimento nas investigações quanto à localização dos restos mortais desses militantes políticos.

Essa responsabilização vem sendo assumida nos últimos anos, ocasião em que o Estado brasileiro estabeleceu: a Comissão de Anistia criada pela Medida Provisória n.º. 2.151, em 28 de agosto de 2001, para indenizar as famílias que tiveram seus entes queridos mortos pelo regime; a Comissão da Verdade e Reconciliação, instalada em 16 de maio de 2012, para apurar o que verdadeiramente ocorreu no Brasil, nos anos de 1964-1985; a abertura de parte dos arquivos dessa época, dentre outros. Todavia, é inconteste que há, ainda, muito a ser feito nesse processo de transição rumo à democracia em que passa o país.

4.3. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*

Em em 7 de agosto de 1995, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a *Human Rights Watch/Americas*, ajuizaram uma demanda junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e seus familiares, requerendo a responsabilização do Brasil pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de inúmeros militantes políticos em razão de operações do Exército brasileiro empreendidas na região do Araguaia, entre 1972 e 1975, e a apreciação do fato do Brasil não julgar os agentes estatais que praticaram crimes contra aqueles que se opunham à ditadura militar (1964-1985) e nem disponibilizar informações à sociedade sobre tal período.

Após analisar a demanda, a CIDH proferiu sua sentença em 24 de novembro de 2010, e declarou, dentre outras determinações: a incompatibilidade da Lei de Anistia com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao conceder anistia política aos agentes da repressão que praticaram os mais variados crimes contra a humanidade e a condenação do Brasil à reconhecer publicamente sua responsabilidade pelo ocorrido, bem como que fossem investigados e punidos, na forma da legislação aplicável, os militares envolvidos nos diversos delitos praticados durante o regime de exceção brasileiro.

4.4. ADPF n.º. 153 *versus* Caso Guerrilha do Araguaia

Ante os dois subitens acima, ficou evidente a existência de um conflito de natureza jurisdicional entre as sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nada obsta, entretanto, que a CIDH analise se a jurisdição nacional está considerando, quando de sua decisão, as normas internacionais. Portanto, é condizente com os preceitos jurídicos internacionais e internos devendo os mesmos ser cumpridos pelo Brasil, por serem pontos adjacentes à sentença proferida pelo STF na ADPF nº. 153, os seguintes dispositivos presentes na sentença proferida pela CIDH:

6. O Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido.

7. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 243 e 244 da presente Sentença.

10. O Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares.

11. O Estado deve oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 267 a 269 da presente Sentença.

13. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 277 da presente Sentença.

14. O Estado deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas.

16. O Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma nos termos do parágrafo 292 da presente Sentença.

17. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 304, 311 e 318 da presente Sentença, a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos.

18. O Estado deve realizar uma convocatória, em, ao menos, um jornal de circulação nacional e um da região onde ocorreram os fatos do presente caso, ou mediante outra modalidade adequada, para que, por um período de 24 meses, contado a partir da notificação da Sentença, os familiares aportem prova suficiente que permita ao Estado identificá-los e, conforme o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei No. 9.140/95 e desta Sentença.

19. O Estado deve permitir que, por um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, possam apresentar-lhe, se assim desejarem, suas solicitações de indenização utilizando os critérios e mecanismos estabelecidos no direito interno pela Lei No. 9.140/95, conforme os termos do parágrafo 303 da presente Sentença.

Na sentença proferida no *Caso Gomes Lund e Outros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) *Vs. Brasila* a Corte Interamericana de Direitos Humanos advertiu o Brasil por não observar o controle de convencionalidade quando da aplicação da Lei de Anistia de 1979 e violar as determinações de diversos tratados ratificados pelo Brasil, particularmente aquelas estabelecidas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao estabelecer o teor do dispositivo da Lei de Anistia de 1979 questionado pela ADPF nº. 153.

O artigo 1º, § 1º, da Lei permite dois entendimentos: um, que a anistia não abrange os crimes praticados pelos agentes estatais; dois, que a expressão crimes conexos inclui os crimes comuns praticados pelos militares no período da ditadura militar brasileira. Ademais, apresentam três consequências fundamentais: responsabilidade estatal, reparação às vítimas e possibilidade ou não de se realizar a persecução penal dos agentes da repressão.

Diante disso, é possível concluir que é válida a Lei nº. 6.683/79, devendo, porém, receber interpretação restritiva, para se compatibilizar reciprocamente com os mandamentos internacionais acima descritos, viabilizando ao Brasil realizar as disposições retro mencionadas previstas na sentença da CIDH¹⁰. Esse entendimento é o único que se mostra condizente com o ordenamento jurídico interno e os atos internacionais ratificados pelo país.

5. Considerações Finais

O presente trabalho promoveu reflexão sobre os aspectos jusconstitucionais da política de anistia adotada no Brasil em razão da transição democrática. Buscou-se apreciar a questão a partir das perspectivas abertas pelo novo constitucionalismo brasileiro, fenômeno típico da últimas duas décadas de nossa teoria constitucional, bem como a partir das

¹⁰ É importante ressaltar que há um verdadeiro processo de transição democrática em muitos países latino-americanos nos últimos tempos, como Argentina e Chile, que não apenas estão invalidando suas leis de anistia, como também adotando diversas medidas advindas da responsabilização do Estado pelas violações aos direitos fundamentais por ele praticadas na época da ditadura militar: “A Argentina é o único país que anulou legalmente as leis de anistia. [...]. Entretanto, mesmo antes de a anistia ser anulada, os tribunais tinham encontrado maneiras de contorná-la. Esses julgamentos aumentaram a pressão para anular a lei de anistia e autorizaram os familiares a terem conhecimento sobre alguma coisa ligada ao ocorrido com as pessoas que eles amavam. A lei de anistia foi finalmente anulada em 2005.” (ROHT-ARRIAZA, 2011, p. 144). O “Diferente da Argentina, o Chile foi incapaz de abolir legislativamente sua lei de anistia, apesar de ordens diretas da Corte Interamericana. A anistia abrange crimes de militares e das forças de segurança entre os anos de 1973-78, com a única exceção do assassinato de Orlando Letelier. Como na Argentina, os tribunais começaram a burlar a lei de anistia instaurando processos que não estivessem dentro de sua linguagem. Vagarosamente, a partir de 1998, a maioria dos tribunais de primeira instância e a Suprema Corte determinaram que essa lei não poderia ser aplicada aos casos envolvendo crimes contra a humanidade, desaparecimentos propositais ou qualquer outra violação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como resultado, o Chile, desde 2000, processou e/ou condenou pelo menos 782 ex-agentes por crimes no passado contra os direitos humanos, dos quais 210 foram sentenciados e esgotaram os recursos a que tinham direito. Sessenta deles cumprem pena na prisão, enquanto que 135 estão sob prisão domiciliar ou tiveram suas sentenças suspensas (poucos morreram ou cumpriram suas penas). Ainda continuam abertas 334 investigações iniciadas pelos crimes contra os direitos humanos” (ROHT-ARRIAZA, 2011, p. 145-146).

perspectivas abertas pelo recém denominado transconstitucionalismo. Buscou-se debater as nuances significacionais da política de anistia desenvolvida a partir do marco de 1979, sobretudo diferenciando a anistia, da busca pela memória e pela verdade; e esta, da busca por reparações civis pelo Estado.

No desenvolvimento dessas teorizações promoveu-se a testagem reflexiva acerca dos diferentes discursos produzidos sobre essa questão. Adotou-se como foco investigativo a crítica comparativa das duas principais decisões em sede de jurisdição constitucional e internacional acerca da questão, respectivamente a decisão recente sobre o tem proferida pelo STF e a decisão, também relativamente recente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Comparou-se também os respectivos discursos doutrinários e acadêmicos acerca da questão. Promoveu-se, ainda, a testagem da aplicação de um modelo de duplo controle constitucional-convencional de supralegalidade, como esquema para verificação da validade jurídica de atos normativos referentes a situações de justiça de transição.

Os principais resultado alcançados (merecendo da comunidade jurídica a devida crítica e problematização, já que o tema não está esgotado, devendo passar por novos desenvolvimentos verticalizadores desse debate) são os seguintes:

I. O novo constitucionalismo comporta em si as teses do transconstitucionalismo que é capaz de dar organização no plano da jurisdição constitucional para as transformações sofridas pelo conceito de soberania no estágio atual do Estado Democrático de Direito. A supremacia da Constituição frente aos demais diplomas normativos, a normatividade dos princípios, bem como uma nova hermenêutica estabelecem uma relação intersubjetiva que não deixa azo a decisões solipsistas. Essa visão permite incorporação de referências balizadoras internacionais para questões em que a ordem constitucional interna não esteja suficientemente estabilizada para emitir juízo seguro e verdadeiramente democrático.

II. Percebe-se que a perspectiva transconstitucionalista é capaz de oferecer bases eficientes para o exercício de controle de constitucionalidade-convencionalidade, em situações de justiça de transição, com é o caso da política de anistia brasileira.

III. A hermenêutica constitucional interespacial pode ser organizada na perspectiva de um duplo controle, de convencionalidade e de constitucionalidade, ambos dotados de supralegalidade. Tal entendimento é complementado pela aplicação do princípio da interpretação conforme à Constituição aos tratados e normas de Direito Internacional reconhecidas e aplicadas pelo Brasil; princípio que precisa ser devidamente reestruturado no sentido de uma recíproca compatibilização entre a Constituição e a norma convencional internacional, quanto esta versar sobre Direitos Fundamentais da Pessoa Humana.

IV. Tal balizamento interpretativo de situações de justiça de transição, somada aos demais referenciais hermenêuticos do Direito Constitucional Contemporâneo, asseguram certa objetividade na interpretação ao afastar visões solipsistas no processo de compreensão- interpretação que constitui o círculo-hermenêutico. Daí sua relevância.

V. A principiologia da Constituição de 1988, centrada no princípio da máxima efetividade constitucional, permite dar à questão da anistia uma abordagem não-reducionista da temática, distinguindo a persecução da punibilidade penal da responsabilização estatal e da investigação e identificação das autorias dos fatos ocorridos durante a ditadura. Assim, a anistia deve implicar em extinção da punibilidade, não em esquecimento e blindagem do acesso social aos fatos históricos. O STF, ao considerar legítima a Lei de Anistia, assegurou todos os seus efeitos quanto à abrangência da anistia, a saber: a concessão de tal instituto aos militares agentes da repressão e, portanto, impossibilidade de punição destes. Mas consiste em questão diversa a possibilidade de investigação dos fatos, acesso aos respectivos documentos e identificação dos erros cometidos e dos responsáveis por tais erros.

VI. A anistia é um instituto que traz possibilidade pacificação política em momentos de transição. Ao promover estabilização para que nova configuração política possa ser implementada, sagra-se como instrumento jurídico com função política prospectiva. Não obstante a anistia ser um instituto transicional, deve-se considerar, quando de sua concessão, a perspectiva das vítimas dos atos delitivos objeto da graça. O uso amplo e irrestrito da anistia como forma de assegurar a paz em períodos de instabilidade política e transição revelou-se não ser a melhor forma de atuar nessas situações.

VII. A interpretação fixada ao longo dos últimos 30 anos, de que a anistia de 1979 foi concedida tanto a militantes da redemocratização quanto aos agentes ditatoriais, bem como a interpretação abrangente dada ao conceito de crime político e crime conexo ao político, efetivou-se com estabilidade em nossa história constitucional e, sobretudo por força dessa história efetivadora de sentido, que impele os órgãos de jurisdição constitucional, verifica-se a inviabilidade institucional de se revisar amplamente seu sentido e alcance já estabilizados.

VIII. Não obstante, a manutenção da anistia não impõe qualquer óbice para a investigação dos fatos que ocorreram àquela época, tendo em vista que persecução penal difere de investigação dos fatos e da busca pela verdade e pela preservação da memória.

IX. Houve conflito de natureza jurisdicional entre as sentenças proferidas pelo STF (que decidiu na ADPF nº. 153 que é válida a Lei nº. 6.683/79 e que os agentes ditatoriais incluem-se entre os que receberam o perdão estatal) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (que considerou a mencionada Lei de Anistia inválida e dispôs que a não punição

dos agentes implica no descumprimento de atos internacionais ratificados pelo Brasil). Todavia, esses entendimentos contrários decorreram do fato de que tais Tribunais valeram-se de paradigmas opostos para analisarem a abrangência e validade da Lei nº. 6.683/79. O STF usou como parâmetro a Constituição de 1988 e uma linguagem constitucional ainda legatária de certo dogmatismo jurídico legalista; ao passo que a CIDH se valeu dos atos internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil e de uma maior discricionariedade jurisdicional, que por vezes chega até mesmo a beirar um caráter atécnico.

X. Diante da celeuma, buscou-se um paradigma jurisdicional que pudesse ser utilizado pelo STF para analisar a ADPF nº. 153, qual seja: o duplo controle vertival de juridicidade. Partindo, portanto, da teoria de controle de convencionalidade desenvolvida por Mazzuoli, porém retificada por um entendimento que se faz melhor ajustado à circularidade do processo hermenêutico-constitucional.

XI. Ora, mostrou-se evidente que, ao se considerar que Lei nº. 6.683/79 foi estendida aos delitos de lesa humanidade praticados pelos agentes da repressão, a consequente impossibilidade da persecução penal dos delitos hediondos praticados configura desrespeito à Declaração Universal dos Direitos Humanos e à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e ao Estatuto de Roma, todos ratificados pelo Brasil quando da criação e vigência de tal ato normativo.

XII. Porém, numa perspectiva transconstitucional, valendo-se de um duplo suporte para o controle de constitucionalidade (a constitucionalidade em sentido próprio e a convencionalidade em plano internacional), depreende-se que as duas decisões (do STF e da CIDH), apesar de divergentes quanto a legitimidade jurídica da Lei de Anistia, uma decidindo por sua validade constitucional, a outra pela ilegitimidade frente à ordem internacional, os mandamentos contidos em ambas podem receber tratamento complementar, no sentido de se considerar constitucional a anistia concedida a ambos os lados da disputa política ditatorial, porém desvincular tal concessão da busca pela recuperação da memória constitucional brasileira, inclusive com identificação dos autores de crimes políticos praticados.

XIII. Identificar tais autores não significa perseguir a punibilidade respectiva. No plano de uma justiça de transição, imputar autoria pode perfeitamente conviver com a impossibilidade de vincular punições a tais autores, em razão das peculiaridades do processo de transição ocorrido em um momento de instabilidade e da efetuação de um sentido histórico para a Lei de Anistia.

Referências Bibliográficas

ABRÃO, Paulo. TORELLY, Marcelo D. *Justiça de transição no Brasil: a dimensão da reparação*. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. N. 3. (jan. / jun. 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

ARAUJO MARTINS, Fábio Henrique. *Uma análise da ADPF 153 desde a fórmula de Radbruch e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 9, p. 43-53, fevereiro/2011.

BALESTERO, Gabriela Soares. *A Democracia Aprisionada nos Porões da Ditadura: a ADPF 153*. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14802/a-democracia-aprisionada-nos-poro-es-da-ditadura-a-adpf-153>>. Acessado em: 02/02/2012.

BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues. *Memória, verdade e educação em direitos humanos*. In: SILVEIRA, Rosa Maria (Org.). *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teóricos-metodológicos*. João Pessoa: Universitária/UFPB, 2007. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/index.htm>>. Acessado em: 10/03/2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos para uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira, *Anistia: As Leis Internacionais e o Caso Brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

BIDNIUK, Gabrile de Rosa. *Justiça de transição no Brasil*, 2011. Disponível em: <[HTTP://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura)>.Acessado em: 04/06/2012.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO, Teresa. Lei de anistia não pode ser revista, diz Garibaldi. Portal de Notícias Senado Federal, 2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2008/11/04/lei-de-anistia-nao-pode-ser-revista-diz-garibaldi>>. Acessado em: 12/03/2012.

COSTA RICA. *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. São José, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 07/11/2011.

DELFINO, Lúcio. ROSSI, Fernando. *Interpretação Jurídica e ideologias: o escopo da jurisdição no Estado Democrático de Direito*. In: Revista UNIJUS. Uberaba-MG, V. 11, n. 15, p. 67-90, novembro, 2008.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico – As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010.

FICO, Carlos. *A negociação parlamentar da anistia de 1979 e o chamado “perdão aos torturadores”*. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição/ Ministério da Justiça. N. 4

(jul./ dez. 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2011. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?>. Acessado em: 23/01/2012.

FIGUEIREDO, Martha Carvalho Dias de. *Efetividade do direito fundamental à verdade e o princípio do estado de direito*. Jus Navigandi: Teresina, ano 15, n. 2433, 28 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14431>>. Acessado em: 10/03/2012.

JOINET, M. *La Administración De La Justicia Y Los Derechos Humanos De Los Detenidos - La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos*. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>>. Acessado 25/01/2012.

KRSTICECIV, Viviana. AFFONSO, Beatriz. *A dívida histórica e o Caso Guerrilha do Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos impulsionando o direito à verdade e à justiça no Brasil*. In: *Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. Disponível em: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2011livro_OXFORD >. Acessado em: 03/01/2012.

LIMA, George Marmelstein. *Estudo de caso – Guerrilha do Araguaia – Lei de Anistia – CIDH vs. STF*, 2011. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2011/08/24/estudo-de-caso-gerrilha-do-araguaia-lei-de-anistia-cidh-vs-stf/>>. Acessado em: 06/03/2012.

MACHADO, Diego Pereira. *O STF e a impiedade quanto aos crimes da ditadura: Cuidado TRF-3*, 2011. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br>>. Acessado em: 03/01/2012.

MARTINS, Roberto Ribeiro. *Anistia Ontem e Hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2010.

MALLINDER, Louise. *Perspectivas transnacionais sobre anistias*. In: *Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *A tese da Supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos*. 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090403112247716&mode=print>. Acessado em: 07/07/2012.

MEZAROBA, Glenda. *Entre reparações, meias verdades e impunidade: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil*. In: SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos. V.07. n. 13. Dez.2010. p. 7-25.

MRE. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Atos Internacionais. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atosinternacionais/multilaterais/direitoshumanos/m1202>>. Acessado em: 26/02/2012.

PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. *A Anistia na Era da Responsabilização: contexto global, comparativo e introdução ao caso brasileiro*. In: *Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo (Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos)*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. *Impunidade na América Latina: tribunais nacionais e desafios ainda existentes*. In: *Anistia na Era da Responsabilização*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

ROJAS, Claudio Nash. *Reparações por violações dos direitos humanos na jurisprudência da corte interamericana dos direitos humanos*. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. – N. 3 (jan. / jun. 2010). – Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

RODRIGUES, Natália Centeno. VERÁS NETO, Francisco Quintanilha. *Uma análise dos efeitos e reflexos da lei de Anistia brasileira*. III Mostra Científica. UFPEL. Disponível em: <http://www.ufpel.edu.br/cic/2011/anais/pdf/SA/SA_01032.pdf>. Acessado em: 23/11/2011.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Incacabada Transição Democrática Brasileira*. 2010. Disponível em: <idejust.files.wordpress.com/2010/07/adpf153zk.pdf>. Acessado em: 03/02/2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso (Constituição, hermenêutica e teorias discursivas)*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VENTURA, Deisy. *A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional*. Brazilian Studies Programme –University of Oxford. 2010. Disponível em: <<http://educarparaomundo.files.wordpress.com/2010/11/ventura-oxford-07-11-2010.pdf>>. Acessado em: 12/04/2012.