

# A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA E O DIREITO INTERNACIONAL<sup>1</sup>

Deisy Ventura

*Professora de Direito Internacional do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, Visiting Scholar do Instituto de Altos Estudos Internacionais e do Desenvolvimento (IHEID, Genebra) e doutora em Direito da Universidade de Paris 1, Panthéon-Sorbonne*

*Em primeiro lugar, instrumentos normativos internacionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, o costume internacional não pode ser fonte de Direito Penal sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente Arellano x Chile, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8/11/2002), porém apenas para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.*

Brasil, Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N. 153* (grifo meu)<sup>2</sup>

*– It is an honest ghost, that let me tell you.*

Shakespeare, *Hamlet*, Cena V

<sup>1</sup> O presente artigo foi originalmente publicado na *Revista de Direito do Estado* (Rio de Janeiro, Renovar) n° 17-18/2010, que autorizou sua reprodução nesta Revista. Trata-se da versão revista e aumentada do trabalho apresentado no Seminário *Amnesty in the Age of Accountability: Brazil in Comparative and International Perspective* ocorrido em Oxford, nos dias 22 e 23 de outubro de 2010, organizado pelo Centro de Estudos Latino Americanos da Universidade de Oxford e pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, com apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

<sup>2</sup> Acórdão de 29/4/10, pub. 06/8/10, DJe 145. A epígrafe corresponde à citação, feita pelo Ministro-Relator Eros Grau (§42, p. 37, e repetida pelo Ministro Celso de Mello, à p. 194), de Nilo Batista, “Nota Introdutória”; In: U. Neumann, L.J. Swensson Junior, A. Martins e D. Dimoulis, *Justiça de Transição no Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 8-9.

# I. INTRODUÇÃO

1 - Distintamente de outros Estados da América do Sul, é recente, no Brasil, o embate judicial sobre a possibilidade de processar e julgar os agentes públicos que praticaram violações graves e sistemáticas dos Direitos Humanos durante regimes de exceção. Nos últimos anos, diversas demandas buscaram a responsabilização, civil ou criminal, de alguns dos protagonistas da política de repressão patrocinada pela ditadura militar brasileira (1964-1985). Entre elas, duas são as principais e encontram-se justapostas:

- o *Caso Gomes Lund e outros contra o Brasil*<sup>3</sup>, conhecido como o *Caso Guerrilha do Araguaia*, recentemente julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos;
- e a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF - N. 153*, proposta pelo *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)*, junto ao *Supremo Tribunal Federal (STF)*, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, objeto principal de minha breve preleção<sup>4</sup>.

2 - Começo por esclarecer que a OAB não requereu ao STF nem uma “revisão”, nem a declaração de “nulidade” da chamada *Lei de Anistia* (Lei n. 6.683, de 28/08/1979)<sup>5</sup>. Aliás, o Direito Internacional, em princípio, nada tem a opor-se às leis nacionais que anistiam crimes políticos. Por meio da *ADPF 153*, proposta em outubro de 2008, o que pede a OAB é “**uma interpretação conforme a Constituição**, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos **não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar**”. O alvo da demanda é, portanto, o §1º do artigo 1º da referida Lei:

3 *Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a CIDH contra a República Federativa do Brasil*, Caso 11.552, *Julia Gomes Lund e outros*, propositura em 26/3/2009.

4 A decisão do STF vincula o julgamento de outras ações propostas no âmbito da jurisdição brasileira, entre elas: o *Caso Família Teles* ou *Caso Ustra* (Poder Judiciário do Estado de São Paulo – PJ/SP, *Ação Declaratória Cível* – ADC N. 583.00.2005.202853-5, *Janaina Teles et al. c. Carlos Alberto Brilhante Ustra*, propositura em 2005), sobre o qual já doutrinou Flavia Püschel (“The communicative function of civil liability: evidence from a case of impunity”; *Coleção de Artigos Direito GV, Working Paper* N. 20, São Paulo, junho de 2008); o *Caso Merlin* (PJ/SP, ADC, *Ângela Mendes de Almeida e Regina Merino Dias de Almeida c. Carlos Alberto Brilhante Ustra*, prop. em 2008); além das representações e ações do Ministério Público Federal (lista disponível em <[www.prr3.mpf.gov.br](http://www.prr3.mpf.gov.br)>).

5 A confusão que foi semeada, junto à opinião pública brasileira, a respeito do pedido da OAB está diretamente relacionada à tese dita “dos dois lados”, preconizada por alguns dos ministros da Suprema Corte, em especial por seu ex-presidente Gilmar Mendes. De acordo com essa tese, amplamente sustentada pelos meios de comunicação e pela classe política, a *Lei de Anistia* somente poderia ser questionada em bloco, o que implicaria rever também a anistia concedida a militantes de esquerda. Trata-se de uma tardia e curiosa tradução jurídica da Guerra Fria.

“Art. 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo (sic) com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§1º - **Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.”**

Alega a OAB, entre outros argumentos, que o dispositivo em pauta não foi objeto de recepção pela Constituição Federal de 1988, cujo artigo 5º XLIII reputa o crime de tortura como insusceptível de anistia ou graça; e que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu, em ao menos cinco casos, pela nulidade da “autoanistia criminal decretada por governantes”. Em abril de 2010, **o plenário do STF, por 7 votos a 2, indeferiu o pleito**, mantendo a interpretação da *Lei de Anistia* que obstaculiza o julgamento dos “torturadores”. A OAB apresentou embargos declaratórios à decisão, sobre os quais a Egrégia Corte ainda não se manifestou.

- 3 - A emergência tardia “e, até então, malfadada – desse contencioso é reflexo de uma volátil aceção brasileira do compromisso internacional de julgar grandes violadores de Direitos Humanos, e de sua indiferença ao princípio de *aut dedere aut iudicare*, patente em numerosos episódios de nossa história. Recorde-se a concessão de asilo político ao general Alfredo Stroessner, cruel ditador do Paraguai entre 1954 e 1989, residente no Brasil de 1989 até 2006, quando de seu falecimento em total impunidade. Ou a recentíssima hesitação da Corte Suprema brasileira diante do pedido de extradição, formulado por Argentina e Uruguai, do major do Exército uruguaio Manuel Cordero Piacentini. Note-se que, no *Caso Cordero*<sup>6</sup>, estava em questão a possibilidade de julgar e punir um dos protagonistas da única iniciativa supranacional bem sucedida no Cone Sul: a *Operação Condor*, que assegurou a repressão política cooperativa entre a Argentina, a Bolívia, o próprio Brasil, o Chile, o Paraguai e o Uruguai nos anos ditos de chumbo. Embora, ao final do processo, o STF tenha deferido parcialmente a extradição, a medida foi inicialmente refutada pelo voto do relator, ministro Marco Aurélio, nos seguintes termos (grifo meu):

“Em última análise, o Supremo está a enfrentar, neste caso, na via indireta, é certo, a problemática alusiva a tema que, há pouco, esteve em voga” o alcance da anistia. **Se**



deferida esta extradição, assentar-se-á a viabilidade de persecução criminal, de responsabilidade administrativa e civil, no tocante a fatos cobertos pela anistia e, então, esvaziada na essência será esta última, não mais implicando a suplantação de quadra indesejada. Feridas das mais sérias, considerando repercussões de toda ordem, poderão vir a ser abertas. Isso não interessa ao coletivo. Isso não interessa à sociedade, presentes valores maiores. Isso resultará em retrocesso dos mais nefastos. (...) Grassará o conflito sem limites”<sup>7</sup>.

- 4 - A tendência à omissão no julgamento de autores de crimes contra a humanidade **contradiz**, todavia, tanto a nova ordem constitucional brasileira, humanista e democrática, quanto **o teor das obrigações internacionais paulatinamente assumidas pelo Brasil** graças às numerosas convenções relativas aos Direitos Humanos firmadas e incorporadas à ordem jurídica pátria. Assim, o processo de definição da posição do Estado brasileiro sobre o eventual “julgamento dos torturadores” refletiu uma profunda fissura uterina: confrontaram-se, em dois grandes blocos, as principais pastas do Poder Executivo. À origem da *ADPF 153*, encontra-se uma audiência pública, convocada pelo Ministério da Justiça e pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos, em julho de 2008, com o apoio da OAB e de relevantes setores dos movimentos sociais. No polo oposto, e reativo, perfilaram-se a Casa Civil, as pastas das Relações Exteriores e da Defesa. É bem verdade que o governo brasileiro, embora, de regra, situado “à esquerda” nas clivagens político-partidárias, baseia-se sobre uma larga coalizão, capaz de dar guarida até a colaboradores, abertos ou velados, do regime militar. Surpreendente, porém, é o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, ele mesmo vítima da repressão política, ter arbitrado o dissenso governamental em favor dos segundos, e, a seguir, exercido notória pressão para que o STF indeferisse a *ADPF 153*<sup>8</sup>.
- 5 - Considerando a presença, neste colóquio, de especialistas de variadas disciplinas, que dissecarão o tema em apreço sob diferentes prismas, prefiro dedicar-me simplesmente a demonstrar que, entre os seus muitos efeitos nefastos, **o indeferimento da *ADPF 153* contribui para o aprofundamento da mescla entre a ignorância e o desprezo pelo**

7 Ibid., ps. 11-2. O ministro Marco Aurélio retomará este voto durante o julgamento da *ADPF 153*, apontando a contradição entre o deferimento da extradição de Cordero e o indeferimento da nova interpretação da Lei de Anistia brasileira: “**Pena que essa extradição tenha sido julgada em 2009 e não após esse crivo. (...) Presidente, o que houve?**”, p. 154-5. V., mais adiante, a nota 81 do presente texto sobre a discussão em plenário do vínculo entre a *ADPF 153* e o *Caso Cordero*. V. igualmente Tarciso Dal Maso e Deisy Ventura, “STF: Lobos em pele de Cordero?” *Carta Capital*, 03/10/2008; e Deisy Ventura, “Terrorismo de Estado”, *Folha de S. Paulo*, 19/11/09.

8 Ao longo de seus dois mandatos, o ex-presidente Lula nomeou seis entre os onze ministros que integram a Corte, **e está por nomear o sétimo**. Autorizo-me a pensar, com Michel Foucault, que, no caso em espécie, “o governo se interessa apenas pelos seus interesses” (*Naissance de la biopolitique “ Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris: Gallimard, 2004, p. 47). Logo, não é coincidência que o STF tenha enfrentado a espinhosa questão em plena campanha para as eleições presidenciais de 2010: de uma parte, freou, por força do indeferimento da Ação, as incômodas demandas em curso na jurisdição nacional; de outra parte, procurou evitar uma também incômoda condenação do Brasil pelo juiz interamericano no *Caso Araguaia*, tanto ao oferecer-lhe uma nova interpretação da história e do direito brasileiros, como ao constringê-lo, antecipando uma decisão sobre tema do qual se ocupa igualmente a CIDH.

Direito Internacional público que ainda caracterizam a cultura jurídica brasileira. Após um breve panorama das decisões recentes da Suprema Corte que dizem respeito a questões internacionais (II), tratarei do Direito convencional ausente no acórdão (III), da equivocada percepção jurisprudencial sobre o costume internacional como fonte de Direito Penal no Brasil (IV) e do alcance da jurisprudência da CIDH sobre o caso concreto (V), para tecer, ao final, algumas observações conclusivas (VI).

## II. DO ESTATALISMO AO PROVINCIANISMO JURÍDICO: UM SOBREVOO DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STF SOBRE QUESTÕES INTERNACIONAIS

- 6 - A abertura dos mercados, tônica das economias latino-americanas nos anos 1990, cuidou de estabelecer uma clivagem entre, de um lado, as normas internacionais de natureza econômica, particularmente as comerciais, que merecem um grau satisfatório de efetividade no Brasil, baseado antes no pragmatismo mercantilista do que na boa doutrina; e, de outro, as demais regras de fonte internacional, em particular as normas protetivas dos Direitos Humanos, que ainda parecem ser, para muitos, “um apêndice um pouco suspeito do Direito Internacional”<sup>9</sup>. Quando se trata do STF, a gravidade do fenômeno amplifica-se, na medida em que tal instituição acumula as funções de corte constitucional e órgão recursal máximo da organização judiciária brasileira. Já se fala de uma *Supremocracia* brasileira, em alusão a um duplo fenômeno: de uma parte, a partir de 2005, com o advento da súmula vinculante, o Supremo tornou-se capaz de “governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil”, enquadrando juízes e tribunais resistentes a suas decisões; de outra banda, houve uma expansão da autoridade da Corte, em detrimento dos demais Poderes da República<sup>10</sup>. Contudo, enquanto a classe política e os meios jurídicos abordam sem fadiga o poder crescente do STF no plano interno, pouco se avalia a dimensão internacional de seu labor jurisdicional.

9 Pierre-Marie Dupuy e Yann Kerbrat, *Droit international public*. 10 ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 239. Para esses autores, bem ao contrário, “o Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui um domínio literalmente essencial da ordem jurídica internacional atual, no coração da qual ele aparece cada vez mais manifestamente assentado, quaisquer que sejam, por outro lado, as vicissitudes de sua efetiva implementação” (*ibid.*, p. 241).

10 Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, *Revista Direito GV SP*, 4 (2), p. 441-464, jul-dez 2008.

7 - Ao mesmo tempo em que o Poder Executivo ambiciona um papel de destaque no cenário internacional, erigindo a política externa brasileira, com histórico ineditismo, à condição de tema de primeiro plano no debate político nacional, a cúpula do Poder Judiciário é desafiada por numerosas demandas que transcendem a ordem interna. Para compreender essa evolução, é indispensável referir-se ao menos quatro decisões recentes do STF.

- No *Caso Al Bashir*<sup>11</sup>, o *Tribunal Penal Internacional* formulou ao Estado brasileiro o pedido de detenção e entrega do chefe de Estado da República do Sudão, com base no artigo 5º do *Estatuto de Roma*<sup>12</sup>. A Presidência do STF denegou, em princípio, o pedido, preferindo encaminhá-lo à Procuradoria Geral da República, alertando-a quanto às “controvérsias jurídicas em torno da compatibilidade de determinadas cláusulas do Estatuto de Roma em face da Constituição do Brasil”, assim como da “alta relevância jurídico-constitucional de diversas questões suscitadas pela aplicação doméstica do *Estatuto de Roma*”<sup>13</sup>. Dito de outro modo, a Presidência do STF incitou o Ministério Público Federal a arguir a inconstitucionalidade do tratado fundador do *Tribunal Penal Internacional*<sup>14</sup>.
- No polêmico *Caso Battisti*<sup>15</sup>, em 18/11/2009, a Corte anulou o ato administrativo do então ministro da Justiça, Tarso Genro, que concedeu refúgio ao italiano Cesare

11 STF, *Petição 4.625-1 República do Sudão*, Decisão de 17/07/09, pub. Em 04/8/09 DJe N. 145.

12 Firmado em 17/07/1998 e incorporado ao Direito brasileiro pelo *Decreto 4.388*, de 25/9/2002.

13 Ementa da Decisão do *Caso Al Bashir* (*op. cit. nota 11 supra*) *in fine*. Encontrava-se em exercício da Presidência, no momento da decisão, o ministro Celso de Mello, baluarte da teoria dualista (sobre as relações entre as ordens internacional e interna) na Corte Suprema brasileira. Não esqueçamos que, em 1997, no *Caso Porto de Belém* (STF, *Carta Rogatória 8.279 República Argentina*, Decisão de 04/5/1998, pub. em 14/5/1998), também numa Decisão da Presidência, o ministro Celso de Mello, por um lado, reafirmou o entendimento jurisprudencial da Corte, qual seja o da equivalência hierárquica entre normas de fonte internacional e normas internas, e, por conseguinte, a prevalência dos princípios *lex posteriori derogat priori* e *lex specialis derogat generalis* como regras de solução de conflito de normas no Brasil. Por outro lado, como nunca antes no labor pretoriano, o ministro Mello detalhou o *iter* de incorporação da norma internacional ao Direito brasileiro. O objeto da lide era a aplicação do *Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul*, de 16/12/1994, aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo N. 192/1995) e cujo instrumento de ratificação já havia sido depositado pelo governo brasileiro em 18/3/1997. Mello, negou, porém, sua vigência, eis que o Protocolo não havia sido promulgado, mediante Decreto, pelo presidente da República. Alheio ao fato de que o Protocolo em tela era *direito derivado* do Tratado de Assunção, este sim Direito originário do Mercosul, e, já à época, plenamente vigente no Brasil, o plenário do STF confirmou, por unanimidade, o entendimento de Mello, rechaçando o *Agravo Regimental* interposto pela Argentina (Dec. de 17/6/1998, pub. 10/8/2000) – o que me levou a chamar os seus magistrados de “nostálgicos de uma aduana de normas” (tomando emprestada a expressão de Denys Simon sobre os dualistas e o direito comunitário europeu, v. Deisy Ventura, *Les asymétries entre le Mercosur et l’Union européenne*, Paris: L’Harmattan, 2003, p. 119 e ss). A partir de 2008, a jurisprudência da Corte conhece uma ligeira evolução, porém restrita aos tratados internacionais de Direitos Humanos, como veremos a seguir.

14 Para o ministro Celso de Mello, o STF precisa discutir: “o reconhecimento, ou não, da competência originária do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em causa; a possibilidade de entrega da pessoa reclamada, ao Tribunal Penal Internacional, pelo Governo do Brasil, considerado o modelo constitucional entre nós vigente (CF, art. 5º, XLVII, b), nos casos em que admissível, pelo *Estatuto de Roma*, a imposição da pena de prisão perpétua (Art. 77, n. 1, b); a imprescritibilidade de todos os crimes previstos no Estatuto de Roma (Art. 29); a impossibilidade de invocação, por chefe de Estado, de sua imunidade de jurisdição em face do Tribunal Penal Internacional (*Estatuto de Roma*, Art. 27); a questão pertinente às relações entre o Estatuto de Roma (que descreve os denominados *core crimes*), complementado pelo Anexo referente aos *Elements of Crimes*, adotado em 09/09/2002, e o postulado constitucional da reserva de lei formal em matéria de definição (que há de ser prévia) de tipos penais, bem assim das respectivas sanções, notadamente em face da indeterminação das penas por parte do Estatuto de Roma, eis que não foram por ele cominadas de modo específico e correspondente a cada tipo penal; o reconhecimento, ou não, da recepção, em sua integralidade, do Estatuto de Roma pela ordem constitucional brasileira, considerado o teor do §4º do art. 5º da Constituição”, Decisão do *Caso Al Bashir* (ref. Nota 11 *supra*), p. 13.

15 STF, *Extradicação 1.085 República Italiana*, acórdão de 16/12/09, pub. 15/4/10 DJe N. 67. Ver, por ex., voto do ministro Gilmar Mendes na *ADPF 153*, que cita o *Caso Battisti* para destacar a “dificuldade teórica e prática de se definir o que seja crime político e de distingui-lo de crimes comuns conexos ou cometidos com motivação política” (p. 234).

Battisti, ocasionando inquietante retrocesso em relação ao *status* do Direito Internacional dos refugiados na ordem brasileira. Não contente, passou à estapafúrdia (e, diga-se de passagem, *extra petita*) discussão sobre a questão de saber se o presidente da República seria obrigado a cumprir a decisão do STF, isto é, se o chefe do Executivo teria ou não a última palavra em matéria de extradição<sup>16</sup>. Daí resultou uma sentença obscura quanto ao caráter discricionário do ato de extradição, que o plenário do STF foi obrigado a retificar posteriormente. A ementa final do acórdão deságua em curiosa fórmula: o presidente da República deve cumprir o tratado de extradição entre Brasil e Itália<sup>17</sup>.

- No chamado *Caso dos pneus*<sup>18</sup>, o STF, por meio de opaca fundamentação, manteve acavalados julgamentos de primeira instância da jurisdição brasileira, um laudo arbitral do sistema de solução de controvérsias do Mercado Comum do Sul (Mercosul)<sup>19</sup> e uma decisão do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC)<sup>20</sup>, todos sobre a licitude da restrição da importação de pneus usados, empreendida pelo Brasil, na última década, por razões sanitárias e ambientais<sup>21</sup>. Em acórdão ainda não publicado<sup>22</sup>, o STF considera, em geral, que os valores constitucionais de preservação do meio ambiente e da saúde prevalecem em relação às normas comerciais, mas surpreendentemente mantém a permissão da importação de pneus usados oriundos do Mercosul, assim como aquela feita

16 Já a Corte Suprema argentina, ao deslindar o também polêmico *Caso Apablaza*, reafirma que a decisão final sobre a extradição corresponde ao Poder Executivo e reitera a obrigação internacional de *non réfoulement* em relação ao refugiado (*Corte Suprema de Justicia de la Nación*, R.O. A 1579 XLI, *Apablaza Guerra*, acórdão de 14/9/10, §11).

17 Reza a ementa retificada, *in fine*: “Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do presidente da República. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando”.

18 STF, *ADPF 101 Presidência da República*, acórdão de 26/6/09, não publicado.

19 *Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do Mercosul constituído para entender da controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Federativa do Brasil sobre a proibição da importação de pneus remoldados (remolded) procedentes do Uruguai*, conhecido como *Laudo VI*, de 09/1/2002. Disponível em <[www.mercosur.int](http://www.mercosur.int)>.

20 OMC, *DS332 Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, dossiê disponível em <[www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds332\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm)>.

21 A respeito, não há mais lúcida doutrina do que a de Marcelo Neves: “A posição do governo brasileiro, que rejeitou a importação de pneus usados da União Europeia com base em argumentos ecológicos e referentes ao direito à saúde, mas, simultaneamente, admitiu a importação do mesmo produto quando proveniente do Uruguai e do Paraguai, **parece inconsistente tanto do ponto de vista interno quanto internacional: não era satisfatória para a OMC nem para o Mercosul, muito menos para uma perspectiva consistente do Direito Constitucional estatal concernente à proteção do meio ambiente**. Até o julgamento da *ADPF 101/2006* [*Caso dos pneus*], a prática inconsistente e oportunista revelou que o caminho percorrido pelo governo brasileiro, no caso da importação dos pneus usados, afastou-se de um modelo aberto às exigências do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, antes se aproximando de **uma mistura de ‘pragmatismo’ simplório na política externa e provincianismo jurídico-constitucional**”, *Transconstitucionalismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 248.

22 Chama a atenção, a propósito, que a ministra relatora Cármen Lúcia tenha indeferido os embargos de declaração interpostos por uma *amica curiae* na ação (que sustenta, com razão, a obscuridade da sentença da Corte) sob o argumento de que “o acórdão objeto dos embargos opostos ainda não foi juntado aos autos, motivo pelo qual o recurso é extemporâneo”, Despacho de 17/8/2009.

por importadores já beneficiados por decisões transitadas em julgado na jurisdição brasileira<sup>23</sup>.

- Enfim, no *Caso da prisão do depositário infiel*<sup>24</sup>, relativo à compatibilidade entre a ordem brasileira e o *Pacto de São José da Costa Rica*<sup>25</sup>, a Corte firma o entendimento jurisprudencial de que os tratados de Direitos Humanos, desde que aprovados conforme o procedimento especial previsto pelo artigo 5º §3º da Constituição Federal, desfrutam de hierarquia constitucional; os que não forem unidos por esse procedimento encontram-se em posição supralegal, mas infraconstitucional.

- 8 - Na impossibilidade de tratar detidamente de cada um desses densos casos, é preciso ao menos esclarecer, com base no último, o *status* do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil. A Constituição de 1988 foi silente a respeito da posição hierárquica dos tratados internacionais na ordem brasileira. Dezesesseis anos após o seu advento, com o escopo de suprir tal omissão, dispôs a *Emenda Constitucional N. 45*, de 08/12/2004: “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 à Constituição” (artigo 5º §3º). Ora, dita emenda, *pior do que o soneto*, veio turbar ainda mais o debate, não tanto pela exigência de quorum qualificado, que é obtido, em geral, quando da incorporação desse tipo de regra, mas, sobretudo, pela ausência pregressa do procedimento de votação em dois turnos. Logo, a *EC 45* praticamente clivou tais tratados entre os anteriores e os posteriores a 2004. Enfim, *grosso modo*, subsistem, no debate brasileiro, quatro entendimentos sobre o *status* do Direito Internacional dos Direitos Humanos: a) o da hierarquia supraconstitucional; b) o da hierarquia constitucional, majoritário na doutrina humanista; c) o da hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, tese preponderante no

23 Segundo um boletim da Corte, “entendeu-se, em síntese, que, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais revelaria que as decisões que autorizaram a importação de pneus usados ou remoldados teriam afrontado os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos artigos 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF (Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. ... Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações’), *Informativo do STF N. 552*, de 22-26/6/09, disponível em <www.stf.jus.br>.

24 Depois de alguns anos de discussão, no dia 3 de dezembro de 2008, o plenário do STF julgou três processos concernentes à prisão do depositário infiel: o *Habeas Corpus 87.585/TO*, acórdão de 03/12/2008, pub. 26/6/09 DJe N. 118; *Recurso Extraordinário 349.703/RS*, acórdão de 03/12/2008, pub. 05/6/09 DJe N. 104; e *Recurso Extraordinário 466.343-1*, acórdão de 03/12/2008, pub. 05/6/09 DJe N. 104.

25 *Convenção Americana de Direitos Humanos*, adotada em 22/11/1969 no âmbito da Organização dos Estados Americanos, incorporada no Brasil pelo Decreto N. 678, de 6/11/1992. O artigo litigioso do Pacto é o 7.7: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”; em cotejo com o art. 5º LXVII da Constituição brasileira: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

STF; e d) o da paridade entre tratado e lei federal, tese hoje dominante no STF apenas em relação aos tratados internacionais em geral<sup>26</sup>.

- 9 - Que traços comuns poderíamos reter entre tão diferentes casos? Ao menos três. Em primeiro lugar, todos desembocam em decisões que **atravancam a prestação jurisdicional do Estado no plano interno e comprometem a imagem do Brasil no plano externo**, seja pela simples obscuridade formal das sentenças, seja por sua incapacidade de encontrar, no mérito, soluções jurídicas à altura das demandas<sup>27</sup>. Em segundo lugar, o STF, confirmando a já mencionada ideia da *Supremocracia*, procura abocanhar competências do Poder Executivo em matéria internacional. Paradoxalmente, o faz – e aí emerge o terceiro traço comum entre os casos citados – demonstrando assombrosa imperícia no que atine ao Direito Internacional. O enfoque da Corte, ao enfrentar processos que envolvem diversas ordens jurídicas e jurisdições internacionais, regionais e/ou locais, é eminentemente **estatalista**, baseado no Direito interno. Quando muito, os ministros aplicam a norma internacional *se e quando* ela está em concordância com ou é equivalente ao Direito interno; neste caso, é o último, e não o Direito Internacional, que o juiz está “preparado, técnica mas também psicologicamente, para aplicar e fazer respeitar”<sup>28</sup>. Logo, de modo geral, **o STF aplica pouco e mal o Direito Internacional**; ignora o grande debate contemporâneo sobre a internacionalização do Direito e o transconstitucionalismo; raramente ultrapassa os manuais mais batidos, não raro desatualizados, da doutrina internacionalista; praticamente despreza a jurisprudência internacional; e vale-se escassamente do Direito Comparado, quase sempre incorrendo, quando o faz, em grandes incompreensões dos sistemas jurídicos alheios. Assim, posta em perspectiva com essas decisões recentes do STF, a *ADPF 153* dá continuidade a uma postura que pode ser definida como *provincianismo jurídico*<sup>29</sup>. Retomarei, mais adiante, essa expressão.

26 Flavia Piovesan, “Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF” Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Para Piovesan, partidária da segunda corrente, a hierarquia constitucional dos tratados de Direitos Humanos deduz-se do artigo 5º §2º da Constituição Federal, independentemente da desafortunada emenda: “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

27 Assim, Battisti continua preso em Brasília, e resta imprevisível o que o Presidente da República fará a respeito; a decisão sobre os pneumáticos lança o Brasil em violação do ordenamento da OMC, ao mesmo tempo em que importações de pneus usados continuam ocorrendo, embora reconhecida, em tese, a prevalência do Direito Constitucional Ambiental e Sanitário; o *Caso Al Bashir* ameaça gratuitamente a vigência do *Estatuto de Roma* e as obrigações do Brasil junto ao *Tribunal Penal Internacional*; e escassos tratados de direitos humanos desfrutam de hierarquia constitucional no Brasil.

28 Pierre-Marie Dupuy, “The Unity of Application of International Law at the Global Level and the Responsibility of Judges”, *European Journal of Legal Studies*, V.1, N.2, dezembro de 2007. Disponível em <[www.ejls.eu/index.php?id=2](http://www.ejls.eu/index.php?id=2)>.

29 Além de Marcelo Neves (nota 21 *supra*), lembremos Bruce Ackerman em relação aos Estados Unidos: “If anything, American practice and theory have moved in the direction of **emphatic provincialism**. (...) We should resist the temptation of a **provincial particularism**”; “The Rise of World Constitutionalism”, *Occasional Papers. Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 4, 1996.

### III. UM POSITIVISMO À LA CARTE: O DIREITO QUE NÃO HÁ NO ACÓRDÃO DA *ADPF 153*

10 - Tomemos a única referência ao Direito Internacional que figura na ementa do acórdão em apreço:

“A Lei n. 6.683/79 [*Lei de Anistia*] precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembleia Geral em 10/12/1984, vigorando desde 26/6/1987 – e a Lei N. 9.455, de 07/4/1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º XLIII da Constituição – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistia anteriormente a sua vigência consumadas”<sup>30</sup>.

Ora, não haveria outro Direito Internacional positivo (expresso em convenções internacionais), relativo aos Direitos Humanos, vigente (incorporado formalmente na ordem jurídica interna), à época, no Brasil? Evidente que sim. Segundo o Ministério das Relações Exteriores, eram os seguintes os atos multilaterais em vigor no Brasil, **no âmbito dos Direitos Humanos**, entre 1964 e 1985<sup>31</sup>:

| Título  | Data de Assinatura | Promulgação |            |
|---|--------------------|-------------|------------|
|   |                    | Decreto N.  | Data       |
| Convenção sobre a Escravatura   | 25/09/1926         | 66          | 14/07/1965 |
| Convenção sobre o Instituto Indigenista Interamericano  | 24/02/1940         | 36098       | 19/08/1954 |
| Acordo Relativo à Concessão de Título de Viagem para Refugiados sob Jurisdição do Comitê Intergovernamental de Refugiados | 15/10/1946         | 38018       | 07/10/1955 |
| Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher  | 02/05/1948         | 31643       | 23/10/1952 |
| Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos à Mulher  | 02/05/1948         | 28011       | 19/04/1950 |
| Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio  | 09/12/1948         | 30822       | 06/05/1952 |
| Declaração Universal dos Direitos Humanos   | 10/12/1948         |             |            |

30 No mesmo sentido, o voto do ministro Celso de Mello: “essa anterioridade temporal impede que a Lei de Anistia, editada em 1979, venha a sofrer desconstituição (ou inibição eficaz) por parte desses instrumentos normativos, todos eles promulgados – insista-se – após a vigência daquele benéfico diploma legislativo”, p. 185.

31 BRASIL, Ministério das Relações Exteriores, Divisão de Atos Internacionais. Disponível em <[www2.mre.gov.br/dai](http://www2.mre.gov.br/dai)>.

| Título   | Data de Assinatura | Promulgação |            |
|--|--------------------|-------------|------------|
|  |                    | Decreto N.  | Data       |
| Convenção para Melhoria da Sorte de Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha (I)   | 12/08/1949         | 42121       | 21/08/1957 |
| Convenção para Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar (II)                                  | 12/08/1949         | 42121       | 21/08/1957 |
| Convenção Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (III)  | 12/08/1949         | 42121       | 21/08/1957 |
| Convenção Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra (IV)  | 12/08/1949         | 42121       | 21/08/1957 |
| Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados  | 02/07/1951         | 50215       | 28/01/1961 |
| Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher  | 31/03/1953         | 52476       | 12/09/1963 |
| Convenção Rel. à Escravatura de 1926, em. pelo Protocolo aberto à assinatura na ONU  | 07/12/1953         | 58563       | 01/06/1966 |
| Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura | 07/09/1956         | 58563       | 01/06/1966 |
| Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial  | 07/03/1966         | 65810       | 08/12/1969 |
| Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados  | 31/01/1967         | 70946       | 07/08/1972 |

11 - Entre as normas internacionais de vigência incontroversa no país, destacam-se, pois, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* e a *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*, pilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos; e as *Convenções de Genebra*, que constituem a pedra angular do Direito Internacional humanitário<sup>32</sup>. Não há dúvidas sobre o grau de adesão do Brasil, um dos 51 Estados fundadores da *Organização das Nações Unidas*<sup>33</sup>, ao movimento internacionalista que sucedeu a Segunda Guerra Mundial<sup>34</sup>, gerador não somente do sistema institucional *onusiano*, mas do cerne convencional do processo de universalização dos Direitos Humanos, em curso até nossos dias. No entanto, **este Direito Internacional convencional não foi empregado, em momento algum, no julgamento da ADPF 153**. Não se cogita a aplicação de tais Convenções sequer em seu mais qualificado voto, o do dissidente ministro Ricardo Lewandowski, que assim rechaça o debate sobre os crimes de lesa-humanidade (grifo meu):

“Não adentro – por desnecessária, a meu ver, para o presente debate – na tormentosa discussão acerca da ampla punibilidade dos chamados crimes de lesa-humanidade, a exemplo da tortura e do genocídio, definidos em distintos instrumentos internacionais (dentre outros, nos seguintes documentos internacionais: **Convenção de Haia,**

32 Sobre a relação entre o Direito Internacional Humanitário e os Direitos Humanos, v., p.ex., Robert Kolb, “Aperçu de l’histoire de la Déclaration universelle des droits de l’homme et des Conventions de Genève”, *Revue internationale de la Croix-Rouge* N. 831, 1998, p. 437-447.

33 O Decreto N. 19.841, de 22/10/1945, “promulga [no Brasil] a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça”.

34 Recorde-se que a primeira participação do Brasil em forças de paz das Nações Unidas ocorreu em janeiro de 1957, com o envio de 600 soldados ao Egito, no chamado “Batalhão de Suez”.

**Estatuto do Tribunal de Nüremberg, Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, ratificados pelo Brasil, respectivamente, em 02 de janeiro de 1914, em 21 de setembro de 1945 e em 24 de setembro de 2002)**<sup>35</sup>, que seriam imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia, e cuja persecução penal independeria de tipificação prévia, sujeitando-se, ademais, não apenas à jurisdição penal nacional, mas, também, à jurisdição penal internacional e, mesmo, à jurisdição penal nacional universal”<sup>36</sup>.

- 12 - Do muito que se poderia dizer acerca das descartadas normas, resta-me eleger dois comentários simples. O primeiro é breve, mas taxativo: a *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio* já traz, em 1948 (e para o ordenamento positivo brasileiro, por força de sua incorporação, no ano de 1952), a noção de **crime internacional**<sup>37</sup>. Em segundo lugar, no que atine ao alcance das *Convenções de Genebra*, nunca é demais precisar que, em virtude de seus três primeiros artigos, comuns às quatro Convenções, as Partes comprometem-se a respeitá-las “em todas as circunstâncias” (art. 1). Dito de modo singelo, as Convenções de 1949, muito além de um direito da **guerra entre Estados**, “cobrem essencialmente as regras que se aplicam às pessoas em poder de uma Parte adversa”<sup>38</sup>. Prescreve o seu artigo 3º [grifo meu]:

“No caso de **conflito armado que não apresente um caráter internacional** e que ocorra no território de uma das **Altas Partes Contratantes**, cada uma das Partes no conflito será obrigada, pelo menos, a aplicar as seguintes disposições:

1 - As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das Forças Armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.

35 Ou seja, o ministro reconhece a vigência no Brasil de dois outros instrumentos não mencionados na informação oficial do Itamaraty, que, no seu modo de ver, definem os crimes de lesa-humanidade.

36 P. 115. Mais adiante, Lewandowski apenas menciona este conteúdo normativo, sem desenvolvê-lo: “ainda que se admita, apenas para argumentar, que o País estivesse em uma situação de beligerância interna (...), **mesmo assim os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concementes ao Direito Hhumanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado**”, p. 118. No segundo voto dissidente, o ministro Ayres Britto apenas refere, sem disso retirar consequência alguma, que a tortura, no caso em apreço, “é um crime de lesa-humanidade” (p. 142).

37 Na tradução oficial brasileira, conforme o art. 1º da Convenção, o genocídio “é um *crime do direito dos povos*, que desde já [as Partes Contratantes] se comprometem a prevenir e a punir”; na versão em francês, “*crime du droit des gens*”; em inglês, “*crime under international law*”.

38 Knut Dörmann, “Il faut faire un effort constant pour faire respecter le DIH” Entrevista concedida à Frédéric Koller. *Le Monde*, 11/8/2009.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios;

b) A tomada de reféns;

c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;

d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados”<sup>39</sup>.

Via de consequência, não repousa dúvida sobre a inconformidade a direito das condutas acima arroladas, quando empreendidas por um Estado Parte às Convenções.

- 13 - Ora, é juridicamente incontroverso que o art. 3º das Convenções de Genebra poderia ser invocado durante o regime militar brasileiro. Conforme a posição oficial do Estado, **havia um conflito armado em curso no território nacional**. Em guisa de exemplo, tome-se o Ato Institucional N. 14, de 05/9/1969, que modifica a Constituição Federal, com o escopo de adotar a pena de morte no Brasil (grifo meu):

CONSIDERANDO que atos de **guerra psicológica adversa e de guerra revolucionária ou subversiva, que atualmente perturbam a vida do País** e o mantém em clima de intranquilidade e agitação, devem merecer mais severa repressão;

CONSIDERANDO que a tradição jurídica brasileira, embora contrária à pena capital, ou à prisão perpétua, admite a sua aplicação na hipótese de guerra externa, de acordo com o Direito Positivo pátrio, consagrado pela Constituição do Brasil, que ainda não dispõe, entretanto, sobre a sua incidência em delitos decorrentes da **guerra psicológica adversa ou da guerra revolucionária ou subversiva**;

<sup>39</sup> Note-se que, por sua ratificação praticamente universal, as Convenções de Genebra costumam ser citadas como prova de que a interdição da tortura é uma norma costumeira internacional. V., p.ex., *Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, Prosecutor c. Furundzija, IT-95-17/1-T*, acórdão de 10/12/1998, §138.

Art. 1º - O § 11 do art. 150 da Constituição do Brasil passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar...<sup>40</sup>.

Tampouco falta a configuração da materialidade das infrações previstas pelas Convenções: durante a ditadura militar, opositores ao regime<sup>41</sup>, adeptos da luta armada ou não, foram alvos de uma política pública de repressão ou de uma “política de hegemonia ideológica”<sup>42</sup> tendente à sua aniquilação moral e/ou à sua eliminação física, amplamente documentada na historiografia brasileira. Além da planificação da tortura, tal política deu guarida, igualmente, a crimes sexuais, execuções sumárias e ocultação de cadáveres.

- 14 - Um grave problema de enfoque na identificação do Direito aplicável à demanda precisa, então, ser denunciado. Reconhecer apenas as obrigações internacionais “positivadas” em tratados incorporados ao Direito interno constitui uma tendência jurisprudencial que poderia ser criticada por si só<sup>43</sup>. Mas não é o que farei neste momento. Contento-me em sublinhar que, ao refutar a aplicação da *Convenção sobre a Tortura* por ter vigência superveniente à da *Lei de Anistia*, o STF aparenta ser positivista. Nada mais do que aparência: tributário de sua própria lógica, o puro positivismo não permitiria escolher, entre as convenções internacionais, apenas aquelas que não estão em vigor, e somente para refutá-las, ignorando em absoluto as que são perfeitamente vigentes, mas não servem a dado escopo. Inova o STF, neste caso, ao praticar uma espécie de *positivismo à la carte*, e não sem profundas consequências. Independentemente do teor do veredicto, **tivesse a Corte enfrentado a questão de saber se as graves violações de Direitos Humanos praticadas por agentes públicos durante o regime militar configuram ou não crimes internacionais ou crimes contra a humanidade, o debate no STF teria ocorrido em**

40 A exemplo dos demais Atos Institucionais do regime militar, este é dotado de um dispositivo de exclusão de controle jurisdicional: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e Atos Complementares dele decorrentes, bem como seus respectivos efeitos” (art. 3º).

41 De fato ou supostos, pois abundam relatos de episódios de perseguição política de homônimos, parentes e amigos de militantes – em síntese, da população civil.

42 Para recuperar a expressão utilizada no *Caso Barbie* (França, Corte de Cassação, Câmara Criminal, AP 25/11/1986, Recurso 86-92714): constituem crimes imprescritíveis contra a humanidade “os atos desumanos e as perseguições que, em nome de um Estado que pratica uma política de hegemonia ideológica, foram cometidos de modo sistemático, não somente contra as pessoas em razão de seu pertencimento a uma coletividade racial e religiosa, mas também contra os adversários dessa política, qualquer que seja a forma de sua oposição”, p.3.

43 Aproveito para sublinhar, acerca do bolorento debate entre as teorias monista e dualista, que “**tanto uma como a outra repousam, definitivamente, para além de suas radicais divergências, sobre uma concepção igualmente dogmática da ordem jurídica**, caracterizada pela unidade de origem das normas que ela contém. Uma ordem é, então, indiferente a qualquer outra, cujas normas são, assim, reduzidas à posição de simples fatos sem pertinência jurídica. De modo que só pode haver uma alternativa: ou submeter-se (monismo, no qual o internacional prima sobre o interno) ou ignorar-se (dualismo). Tal intransigência faz grandes debates mas também as más querelas, e cada tese comporta sua parte de ilusões e de artifícios”, Pierre-Marie Dupuy e Yann Kerbrat, *op. cit.*, p. 450.

diapásão doutrinário, legal e jurisprudencial radicalmente diverso. Caberia a uma Corte Suprema atenta à evolução do Direito da segunda metade do século passado travar esse debate. O STF preferiu, porém, ao longo das 266 páginas deste florão estatalista, desfilarem revisões aventureiras da história, além da regurgitação de questões desprovidas de transcendência, se comparadas ao que o mundo jurídico construiu nos últimos 70 anos.

- 15 - Encaremos, pois, esse debate. Mireille Delmas-Marty bem sintetiza a percepção da doutrina e da jurisprudência internacionais sobre a peculiaridade dos crimes contra a humanidade:

“o ser humano, mesmo profundamente inserido num grupo, não deveria jamais perder a sua individualidade e ser reduzido a não mais do que um elemento intercambiável de um grupo, e rejeitado como tal. (...) Essa despersonalização da vítima põe realmente em causa a humanidade como alteridade<sup>44</sup>.

Nesse diapásão, não persistem dúvidas sobre o fato de que os crimes comuns praticados por agentes públicos, durante a ditadura de 1964 a 1985, foram crimes graves, que tenderam a desumanizar e despersonalizar as vítimas, “consideradas como sub-homens, a ponto de seus algozes reputarem-se autorizados às maiores atrocidades, inclusive sua eliminação física”<sup>45</sup>. Não se duvida, de outra banda, de que foram atos cometidos na execução de uma política de Estado, eis que até um ato isolado, sob aparência de um crime comum, pode tornar-se um crime contra a humanidade, por sua vinculação a um “programa criminoso”<sup>46</sup>. **Todos os elementos de qualquer conceito de crime contra a humanidade aqui se fazem presentes**<sup>47</sup>, ademais ornados por diversas circunstâncias já reconhecidas como agravantes, em numerosos casos, pelas jurisdições internacionais penais<sup>48</sup>.

44 Mireille Delmas-Marty, “Conclusions”; in: Idem (org.). *Crime contre l’humanité*. Paris: PUF, 2009, p. 122.

45 Michel Massé, “Le crime contre l’humanité dans le droit”, in Truche (org.), *Juger les crimes contre l’humanité: 20 ans après le procès Barbie*, Lyon: ENS, 2009, p. 68.

46 Yann Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l’humanité*, Paris: LGDJ, 2002.

47 Embora “alguns dos elementos que compõem o conceito de crime de lesa-humanidade tenham sofrido diversas alterações nos Estatutos dos tribunais penais internacionais, mantiveram-se inalterados três elementos: i) o caráter e a natureza de atos inumanos que envolvam os atos integrantes da categoria; ii) a enunciação não taxativa da enumeração dos atos, para atender fundamentalmente ao caráter e à natureza da inumanidade; e iii) que esses atos inumanos são dirigidos contra a população civil”, p. 4. Juan Méndez e Gilma Tatiana Rincón Covelli, *Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias - solicitado pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da República em São Paulo*. Nova Iorque, International Center for Transitional Justice, setembro de 2008. Hoje, “à luz tanto dos Princípios de Nuremberg de 1950 como do Estatuto de Roma e da jurisprudência dos tribunais internacionais penais e mistos, se está diante de um crime de lesa-humanidade quando: i) é cometido um ato inumano em sua natureza e caráter, o qual produz um grande sofrimento da vítima ou que causa danos à sua integridade física e/ou saúde física ou mental; ii) quando esse ato é cometido como parte de um ataque sistemático ou generalizado; iii) quando esse ataque corresponde a uma política que não necessariamente deve haver sido adotada de maneira formal; e iv) quando o ataque é dirigido contra a população civil”, *ibid.*, p.7.

48 Entre elas, as funções exercidas pelos acusados, isto é, seu lugar na hierarquia ou seu papel no conflito; a persistência dos crimes no tempo; a participação com conhecimento de causa, deliberada ou entusiasta nos crimes; a premeditação e o móvel; o caráter sexual, violento e humilhante dos atos cometidos e a vulnerabilidade das vítimas; o estatuto das vítimas, sua juventude e seu número, assim como as consequências desses crimes para as vítimas; e o fato de serem civis. Estou a referir algumas das circunstâncias agravantes identificadas pelo *Tribunal*



16 - Não obstante, o voto do relator da *ADPF 153*, sufragado majoritariamente pelo plenário da Corte, não somente rechaça o tratamento dos delitos em questão como crimes contra a humanidade, mas também estabelece a **inexistência de obrigação internacional do Brasil em relação ao processamento e julgamento dos crimes em questão, além da impossibilidade de fazê-lo por força do princípio constitucional da prescrição**. Sem desenvolvimentos que ultrapassem a epígrafe de minha presente alocação<sup>49</sup>, considera o relator, em suma, que:

a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, tampouco cláusula similar em outra Convenção;

b) o costume internacional não pode, por força do princípio da legalidade, ser fonte de Direito Penal; e

c) porque a obrigação de julgar explicitamente assumida pelo Brasil no âmbito interamericano só seria invocável em juízo, no âmbito da CIDH, no que atine a “ fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 ”<sup>50</sup>.

Antes de tratar dos problemas do costume internacional e da jurisprudência interamericana, comento que me causa certa graça supor que o princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade estaria condicionado à assinatura, ratificação e incorporação de uma convenção internacional por uma junta militar, em pleno ano de 1968, a mesma que, no ano seguinte, o de 1969, como já mencionei, emendou arbitrariamente a Constituição para instituir as penas de morte, prisão perpétua, de banimento e confisco. Tal postulado implicaria ter expectativas, em relação àquela ordem ditatorial, como se Direito ela fosse, problema que prefiro deixar aos constitucionalistas aqui presentes<sup>51</sup>.

*Penal Internacional para a ex-Iugoslávia no Caso Blaskic*, acórdão de 29 de julho de 2004, na síntese de Isabelle Fouchard, *Crime International “ Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*. Tese. IHEID. Universidade de Genebra, 2008, p. 378.

49 V. nota 2 *supra*; citação que, sem prejuízo de meu profundo respeito pelos autores, nada mais é do que um trecho da apresentação de uma coletânea, em que o apresentador resume um dos artigos que dela faz parte, e doravante ilustra um dos mais importantes acórdãos da história judicial brasileira.

50 Cf. reserva expressa feita pelo Brasil no *Decreto de Reconhecimento da Competência Obrigatória da CIDH*, de 08/11/02.

51 Registro apenas, aventurando-me em disciplina alheia, que a solução da *ADPF 153*, sob o ângulo do Direito Constitucional, parece-me destituída de ambiguidades: é óbvio que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou a *Lei de Anistia*. Segundo o relator, a emenda convocatória da Assembleia Nacional Constituinte (*Emenda Constitucional N. 26*, de 1985) seria parte integrante da nova ordem constitucional de 1988. Dita convocatória, por razões conjunturais evidentes (sobretudo a influência, na auge da transição, dos partidos que apoiaram o governo militar, a ponto de lograr a ascensão ao poder do presidente José Sarney, grande liderança colaboracionista), reitera o conteúdo da *Lei de Anistia*. O estratagema do relator é, então, atribuir ao conteúdo normativo da *Lei de Anistia* um *status* constitucional, além de situá-lo no tempo da democracia. Supõe-se, por conseguinte, que a nova ordem constitucional material surgiu condicionada. Ainda que esta intrigante tese pudesse ser acolhida, não somente persistiria o problema da interpretação conforme, agora por colisão entre normas de um mesmo *status*, como, sobretudo, o da incompatibilidade da pretensa condição imposta pela *EC N. 26* com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

## IV. O VELHO PARADOXO PENAL<sup>52</sup>: COSTUME INTERNACIONAL E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

- 17 - No julgamento da *ADPF 153*, coube ao ministro Celso de Mello a tarefa de detalhar, em seu voto, alguns dos argumentos que tradicionalmente foram opostos pelos penalistas, ao longo da segunda metade do século XX, ao princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade<sup>53</sup>. Com efeito, situadas na encruzilhada entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal, as normas relativas a esses crimes dependem de uma dialética entre essas duas disciplinas; tratam-se de diálogos entre instituições e jurisprudências muito diferentes, de interferências e deslocamentos entre espaços nacionais e internacionais com hierarquias imbricadas, formando “um sistema realmente singular”<sup>54</sup>. No seio desse diálogo, surge o clássico *paradoxo penal*, em que o Direito Penal é, por vezes, o escudo que protege os direitos humanos, em outras, a espada que os fere<sup>55</sup>. Certamente, o **princípio da legalidade**<sup>56</sup> constitui um bom exemplo do antagonismo, ou ao menos da parcial contradição, entre as concepções de penalistas e internacionalistas sobre um objeto de estudo que, embora contra a vontade, compartilham<sup>57</sup>.
- 18 - Consoante o ministro Mello, em concordância com o ministro-relator Eros Grau, o costume internacional não poderia ser fonte de Direito Penal, pois consagra o princípio da legalidade, além da Constituição Federal brasileira, também a *Carta Americana dos*

52 A expressão é de Mireille Delmas-Marty, “Le paradoxe penal”, in Delmas-Marty e Lucas de Leyssac, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris: Seuil, 1996.

53 Claro está que nem todos os penalistas defendem a prescrição desses crimes. No Brasil, ver, p.ex., Luiz Flávio Gomes, convicto defensor da imprescritibilidade: “Crimes contra a humanidade: conceito e imprescritibilidade” 06/8/2009. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>.

54 Emanuela Fronza, “La réception des crimes contre l’humanité en droit interne”, in Delmas-Marty et al. *Crime contre l’humanité*. Paris: PUF, 2009, p. 44-80. Para a autora, há “um movimento circular que se desenha, evoluindo, de uma parte, do Direito Internacional em direção ao Direito nacional, por meio da diversidade de formas de recepção da norma convencional e das regras costumeiras, e, de outra parte, do Direito Internacional e do Direito interno rumo a um Direito Penal comum que se constrói passo a passo, por meio da atividade dos juizes internacionais e nacionais que estabelecem a comunicação entre as normas internas e internacionais”, p. 46.

55 Sébastien Van Drooghenbroeck, “Droit pénal et droits de l’homme – Le point de vue de la CEDH”, in Cartuyvels et al., *Les droits de l’homme, bouclier ou épée du droit penal?* Bruxelas: Facultés universitaires Saint-Louis, 2007.

56 Para uma análise profunda da aplicação deste princípio no Direito Penal internacional, v. Kai Ambos, *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, Barcelona: Atelier, 2008. Alerto apenas para o fato de que a definição do princípio varia na doutrina: em alguns casos, compreende apenas o *nullum crimen sine lege* e o *nulla poena sine lege*; em outros, compreende claramente a noção do Direito escrito, o valor da segurança jurídica, a interdição da analogia e a não retroatividade, cf. Noora Arajärvi, “Le rôle du juge pénal international dans la formation du droit international coutumier”, *European Journal of Legal Studies*, V.1, N.2, dezembro de 2007, p. 26. Disponível em <[www.ejls.eu/index.php?id=2](http://www.ejls.eu/index.php?id=2)>.

57 Fouchard, op. cit., p. 400.

*Direitos Humanos*<sup>58</sup> (art. 9) e o *Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos*<sup>59</sup> (art. 15). Em virtude da reserva legal, somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil<sup>60</sup>) poderia qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso. E acrescenta:

no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (*lex populi* e *lex praevia*, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida<sup>61</sup>.

- 19 - O princípio da legalidade deve, portanto, garantir que os indivíduos tenham conhecimento, de modo claro e previsível, do conteúdo pretensamente legítimo da norma penal, acudindo a um direito humano essencial: o de saber que a norma penal existe e conhecer o que ela prescreve. Ora, aos olhos dos penalistas, o costume internacional não ofereceria tais garantias<sup>62</sup>. Tomemos, então, primeiramente, a questão da **previsibilidade** do Direito Consuetudinário. O costume internacional possui dois elementos, tão necessários quanto complexos: de um lado, o elemento subjetivo, que é a *opinio juris*; de outro, o elemento objetivo, que é a prática dos Estados. Muita tinta foi derramada pela doutrina internacionalista a respeito de cada um deles. Totalmente alheio ao debate contemporâneo, o STF não consegue discernir a peculiaridade do costume internacional, que está longe de ser simplesmente “o que os Estados fazem”, e bem mais próximo de refletir a “percepção do Direito por parte daqueles que agem”, o que permite defini-lo como o “consenso social internacional”<sup>63</sup>.

58 Ref. à nota 25 *supra*.

59 Firmado no âmbito das Nações Unidas em 19/12/1966, vigente no Brasil por força do *Decreto N. 592*, de 06/7/1992.

60 Referindo-se à Convenção de 1968 sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, Celso de Mello considera que convenção internacional nunca subscrita e à qual o Brasil nunca aderiu é “verdadeira *res inter alios acta* em face do Estado brasileiro”, p. 190. Já no *Caso Al Bashir*, de um tratado perfeitamente subscrito e incorporado à ordem brasileira (o *Estatuto de Roma*, que contém o mesmo preceito), o ministro questiona sua compatibilidade com a Constituição Federal.

61 Citando Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli, p. 191-2.

62 Lembremos que foi intenso o debate sobre o costume internacional durante a elaboração do Estatuto de Roma, particularmente no momento de definir o Direito aplicável pelo TPI (art. 21). Para Alain Pellet, sob o manto do princípio da legalidade está o enrijecimento do Direito Internacional Penal, e em vão: omitir o costume no art. 21 cala falaciosamente a evidência de que recorrer a ele é indispensável, e o magistrado internacional o fará, de qualquer modo, sob o abrigo da alínea *b* do mesmo dispositivo (“princípios e regras do Direito Internacional”), v. “Applicable Law”, in Cassese et al. (Eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court*, Oxford: 2002, V. I, p. 1057.

63 Marcelo Kohen. Commentaire (sur “Le rôle de la pratique dans le droit coutumier”); in: R. Huesa Vinaixa et K. Wellens (dir.), *L’influence des sources sur l’unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 103-107. Para o autor, a partir do momento em que alguém expressa sua concepção ou sua convicção do Direito, já está agindo.

- 20 - Admitamos, portanto, que o costume pode ser uma fonte de Direito ainda mais previsível do que outras. De uma parte, é preciso diferenciar o problema da existência do costume da questão da eficácia da regra costumeira<sup>64</sup>. De outra parte, nem a ordem nacional, nem os tratados internacionais estão imunes a deliberações ao sabor de aços conjunturais. Ademais, desmerecer a previsibilidade do costume sob o argumento de que o indivíduo deve conhecer o processo de formação do costume internacional equivaleria a supor que todo cidadão conhece o processo legislativo interno, assim como o processo de elaboração dos tratados internacionais e de sua incorporação às ordens nacionais. Para haver crime, seria necessária, pois, à luz de tal concepção da reserva legal, uma sorte de *cidadania processualista*. Há aqui, pois, uma **nítida confusão entre o processo de formação da norma e o seu conteúdo normativo**<sup>65</sup>.
- 21 - Em relação ao conteúdo normativo, para que o princípio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* seja escrupulosamente observado, não é, em absoluto, necessário que a norma internacional que prevê ou organiza a repressão do crime defina até o último detalhe a *figura criminis* e a pena a aplicar. Basta constatar, para esse fim, que o autor do ato em questão era submetido, quando do *tempus commissi delicti*, a normas jurídicas claras e acessíveis – sejam elas internas ou internacionais – estabelecendo *ante factum* tal definição<sup>66</sup>. Perguntemo-nos, então, se os agentes públicos que praticaram graves violações de direitos humanos durante o regime militar brasileiro tinham alguma dúvida sobre o caráter criminoso dos atos que estavam praticando. A resposta salta aos olhos:

O autor de um ato desumano, *a fortiori* quando cometido em grande escala, segundo um plano concertado ou por agentes públicos abusando de sua posição oficial, desde que ele seja responsável por seus atos, **quaisquer que sejam sua nacionalidade, sua cultura, seus costumes etc., não pode pretender ignorar que, em se tratando do caso, ele comete um “crime”** (nacional ou internacional) que implica, qualquer que seja o país em que for julgado, as penas mais pesadas que existirem. (...) A morte

64 Ainda segundo Kohen, mesmo os maiores violadores do Direito Internacional sentem, naturalmente, a necessidade de justificar sua ação em termos jurídicos, por mais injustificáveis que possam ser (*ibid*, p. 105). Logo, a atitude do violador contumaz, por si só, não permitiria modificar a regra costumeira, eis que um simples comportamento não questiona a existência da regra – e não existirão duas regras conforme o ator que age. Não há que confundir, portanto, a perenidade da regra com seus problemas de eficácia, em particular a impunidade diante de graves violações da ordem internacional. Kohen ressalta, ainda, a diferença entre o *persistent objector* e o *persistent violator*, ou seja, entre, de uma parte, quem contesta a regra, e, de outra, quem a reconhece e tenta manipulá-la – como sói ser o caso nas práticas unilaterais constantes que pretendem encarnar uma interpretação correta da regra costumeira, colidindo, entretanto, com sua interpretação preponderante (p. 106-7)..

65 As dificuldades em relação ao costume internacional não são, porém, exclusividade das jurisdições nacionais. Para Dupuy e Kerbrat, “manifestamente em razão da insuficiente formação em Direito Internacional Público de alguns novos juizes do *Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia*, oriundos do Direito Penal interno, constata-se o mau jeito, para dizer o mínimo, demonstrado por alguns deles ao aplicar o costume internacional. Ora, o costume fornece-lhes o essencial do Direito aplicável; no entanto, está claro que esses juizes permanecem pouco familiares a essa fonte, geralmente distante dos Direitos Penais internos; e se mantêm tão reticentes à sua aplicação a ponto de confundir, em particular, a questão do estabelecimento de uma regra costumeira sobejamente consolidada, com a de sua interpretação (especialmente no caso do art. 3, comum às quatro Convenções de Genebra de Direito Humanitário)”; *op. cit.*, p. 596.

66 Fouchard, *op. cit.*, p. 357.

com agravantes é quase universalmente sancionada pelos Direitos Penais nacionais como um crime grave, logo merecendo as mais pesadas penas<sup>67</sup>.

Não é um acaso, portanto, que o costume (“consenso social internacional”) encontre-se à origem dos crimes internacionais que já foram positivados por convenções internacionais, ou ao menos tenha contribuído para a sua tipificação, o que levou o juiz Antonio Cassese, no polo oposto à Corte brasileira, a afirmar que só o costume pode fundar um crime internacional<sup>68</sup>.

- 22 - Passemos ao pretenso óbice da **prescrição criminal**, que leva a Corte Suprema a negar a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como regra oponível ao Brasil no caso em apreço. Ressalto que, até pouco tempo atrás, para o STF, todos os tratados internacionais eram da mesma natureza e equiparados à lei interna, portanto, inferiores à Constituição. Do mesmo modo, atualmente, todos os crimes, para a Suprema Corte brasileira, são da mesma natureza. A evolução jurisprudencial quanto à hierarquia do Direito Internacional dos Direitos Humanos não se comunicou com a interpretação dos princípios constitucionais penais. É como se a gravidade do crime cometido pelo *homo medius* tivesse alguma medida de comparação com a daqueles cometidos por indivíduos que têm à sua disposição a “potência material do Estado”<sup>69</sup>. Pior ainda: a impunidade das graves violações de direitos humanos cometidas por agentes públicos durante o regime militar estaria assegurada pela própria ordem constitucional. É bem verdade que o Brasil de hoje reconhece formalmente a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como Direito convencional, por força da incorporação do *Estatuto de Roma*. Mas tal imprescritibilidade seria dotada de um gatilho: só seriam imprescritíveis os crimes contra a humanidade cometidos a partir da vigência do referido tratado. Essa tese estapafúrdia nos obriga a recordar por que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis.
- 23 - Os crimes ungidos pelo **caráter de atentado à humanidade** constituem uma “combinação de atos que códigos de todas as nações punem, mas que comportam assassinatos e destruições enormes que, apesar de tudo, ficariam impunes no Direito interno”<sup>70</sup>. Ressalto, entre seus elementos ontológicos, a evidência de que são eles internacionais não apenas pela universalidade, em tese, dos valores que protegem, mas, sobretudo, porque, na prática, **sua prevenção e punição não podem depender das**

67 *Ibid.*, p. 381.

68 *International Criminal Law, Oxford: 2003*, p. 23.

69 Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet, *Droit International Public*, 8. ed., Paris, LGDJ, 2004, p. 786.

70 Pierre Mertens, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*, Bruxelles: ULB, 1974, p. 221.

**vicissitudes nacionais:** os regimes que dão guarida a violadores de direitos humanos tendem a instalar, quando de sua ascensão ao poder, simulacros de Direito – o que no caso brasileiro, chamamos de “Direito da ditadura” ou “entulho autoritário”, de árdua remoção quando do restabelecimento da democracia<sup>71</sup>. Com efeito, a humanidade é que se instala no estatuto de vítima, uma “vítima absolutamente única, que escapa ao Direito comum, diante da qual devem apagar-se os direitos do homem incapazes de apreendê-la, (...) mas as consequências dessa inovação são tão dolorosas politicamente que ela se torna uma noção conjuntural”<sup>72</sup>. Por conseguinte, a grande dificuldade de falar em crime contra a humanidade, ao longo da história, decorre precisamente do fato de que ele pode corresponder ao tratamento desumano, por um Estado, de sua própria população, sobre seu próprio território, competência que outrora correspondia ao estrito domínio reservado dos Estados<sup>73</sup>. O *Acordo de Londres*<sup>74</sup>, que instituiu o Tribunal de Nuremberg, reverteu, já em 1945, o princípio da imunidade no que atine à responsabilidade individual dos violadores, ao possibilitar o julgamento de agentes públicos que atuaram odiosamente em nome do Estado e por meio de seu aparelho<sup>75</sup>. A partir daquele momento (grifo meu),

o Direito Internacional nunca mais seria o mesmo em face da responsabilidade internacional penal dos indivíduos. (...) Assim, existe hoje, no Direito Internacional, **um corpo de normas que visa a punição dos autores de crimes contra a humanidade**. Resta saber quem deve punir tais crimes. A resposta, contida neste corpo de normas, é simples: **todos os Estados da comunidade internacional têm um direito-dever de punir aqueles que cometeram crimes contra a humanidade**<sup>76</sup>.

- 24 - Além do atributo ontológico, considere-se que, à regra convencional incorporada no Brasil, precedeu a regra costumeira. Como é típico do costume, a afirmação da imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade resultou de um longo processo histórico, acelerado logo após a Segunda Guerra Mundial. Naquela época, o Brasil aprovou, nas sessões

71 O Direito Internacional dos Direitos Humanos oferece justamente a resposta jurídica, desprovida de vínculo de nacionalidade, para o indivíduo ou grupo de indivíduos que não pode contar com o Direito do seu Estado, eis que não há Estado de Direito. A jurisdição internacional ou a jurisdição penal universal, por força da subsidiariedade, só devem agir quando não há mais Estado, ou quando o Direito ainda não veio ao Estado, ou veio mas não trouxe consigo a remoção desse entulho.

72 Paul Martens, “L’humanité comme sujet de droits”, in: Th. Berns (ed.) *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelas: Bruylant, 2004, p. 226.

73 Fouchard, *op. cit.*, p. 361.

74 *Acordo referente à perseguição e à punição dos grandes criminosos de guerra das potências europeias do Eixo e Estatuto do Tribunal Internacional Militar*, Londres, 08/8/1945.

75 Vale lembrar a fórmula francesa no *Caso Barbie*: “O princípio da imprescritibilidade, resultante do estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, somado ao acordo de Londres de 8/8/1945 e à Resolução das Nações Unidas de 13/2/1946, **impede que uma regra de Direito interno permita a uma pessoa declarada culpada de um crime contra a humanidade subtrair-se à ação da Justiça em razão do tempo transcorrido**, seja a partir dos atos criminosos ou a partir de uma precedente condenação, pois, como é o caso, nenhuma pena foi cumprida”; Corte de Cassação, Câmara Criminal, AP 3/6/1988, Recurso 87-84240, ementa, § 1º.

76 André de Carvalho Ramos, “O Caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo - SP, v. 7, p. 106-114, 1999.

da *Assembleia Geral da ONU*, o conjunto de Resoluções que reiteram o já mencionado acervo de Nuremberg<sup>77</sup> – aliás, grande parte delas aprovadas por unanimidade. Destaco, em particular, a Resolução N. 95, de 11/12/1946, que “confirma os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto de Nuremberg”. Não se conte com a passividade do Brasil nesse processo: em 1950, ele chegou a fazer parte de um Comitê de 17 Estados, encarregado de “preparar um ou mais anteprojetos de convenção e de formular proposições concernentes à criação e o estatuto de uma corte criminal internacional”<sup>78</sup>. Desnecessário recordar que, segundo o *Tribunal Internacional de Justiça*, as Resoluções da Assembleia Geral da ONU, embora não tenham força obrigatória, podem ter um valor normativo, ao fornecer elementos de prova importantes para estabelecer a existência de uma regra ou a emergência de uma *opinio juris*. Assim, resoluções sucessivas podem ilustrar a evolução progressiva da *opinio juris* necessária ao estabelecimento de uma nova regra<sup>79</sup>.

- 25 - Diante daqueles que negam a existência do princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no acervo de Nuremberg e ainda ousam brandir o moralmente nânico princípio do tratamento legal mais benéfico, eu apenas recobriria a lógica, esperando que seja ela um costume inquestionável. Os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, sobretudo, porque, amiúde, há, nos Estados em que são praticados, a impossibilidade material de processo dos grandes violadores, antes que a remoção do entulho ditatorial opere-se no ordenamento jurídico nacional, critério temporal que não é passível de medição. No caso brasileiro, em particular, a tarefa é notoriamente inacabada<sup>80</sup>. E acrescento: prescrição só pode ser arguida caso a caso, no seio do processo individuado, não podendo a Corte Suprema fundar a interpretação de uma lei de anistia no aventureiro pressuposto de que todos os crimes por ela abarcados prescreveram. No já citado *Caso Cordero*, infelizmente com base apenas no Direito interno, e a despeito da tipificação equivocada do crime de sequestro quando o suporte fático é de evidente crime internacional de *desaparecimento forçado*, o próprio STF deu-se conta da impertinência da prescrição em relação às graves violações de Direitos Humanos praticadas no âmbito da Operação Condor:

77 Para uma avaliação recente do legado de Nuremberg, v. número especial da *GJIL*, V.10 (2006-7), disponível em <<http://www.gonzaga-jil.org/content/category/4/64/26/>>.

78 Assembleia Geral da ONU, 5º Sessão, Resolução 489, Jurisdição criminal internacional, 12/12/1950.

79 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996*, p. 254-5.

80 Tomem-se, como incontestes exemplos deste *work in progress* da democracia, a *Lei de Imprensa* (Lei 5.250, de 1967) e o *Estatuto do Estrangeiro* (Lei 6.815, de 1980), nefastos legados do regime militar. No que atine à primeira, foi preciso esperar 20 anos para que o STF decidisse por sua “incompatibilidade material insuperável com Constituição de 1988”, desprovendo-a integralmente de efeitos por “impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa” (*ADPF N. 130 Distrito Federal*, acórdão de 30/4/2009, pub. 06/11/2009 DJe 208). Quanto ao segundo, ainda em pleno vigor no Brasil, mostra-se também incompatível com a Constituição Federal, embora sua inconstitucionalidade nunca tenha sido arguida diante do STF. Desgraçadamente, o *Projeto de Lei N. 5.655*, em tramitação na Câmara dos Deputados, ao propor a alteração do entulho, mantém diversas incompatibilidades, além de consagrar o enfoque do estrangeiro como inimigo ou estranho, em detrimento da abordagem do trabalhador migrante, v. Deisy Ventura e Paulo Illes, “Estatuto do Estrangeiro ou Lei de Imigração?”, *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 31/07/2010, p. 14-15. Disponível em: <<http://diplomatique.uol.com.br/artigo.php?id=744>>.

O que temos, no caso, para fixar o termo inicial da prescrição? O grande problema é esse. Eu seria muito propenso a reconhecer a prescrição, desde que me demonstrem que haja algum dado que indique que, em determinado momento, de lá para cá, as vítimas foram mortas. Faleceram no mês tal, provavelmente de tal, diante de tal e qual circunstância, ou faleceram no ano tal. A partir daí começaria a contar o prazo de prescrição. Qual o início do tempo de prazo prescricional, neste caso?<sup>81</sup>.

A meu juízo, o tratamento estritamente nacional do *Caso Cordero* foi o artilheiro encontrado por alguns dos ministros para deferir a extradição, honrando um compromisso internacional do Brasil, sem comprometer-se em relação ao julgamento da *ADPF 153*<sup>82</sup>.

- 26 - Por derradeiro, no que concerne à **segurança jurídica** da qual os princípios da legalidade e da prescrição seriam garantes, questiono: qual interpretação da *Lei de Anistia* causa maior insegurança jurídica, a que torna possível o julgamento de um agente público por graves violações de direitos humanos cometidas durante um estado de exceção, ou a que garante a impunidade das graves violações de direitos humanos? A tolerância da prática de crimes contra a humanidade parece-me vertiginosamente mais ameaçadora à segurança jurídica de um Estado de Direito do que o postulado da imprescritibilidade desses crimes. Sim, a imprescritibilidade confronta os agentes da repressão com a possibilidade de reversão de “fatos consumados”, gerando “insegurança” para determinado número de pessoas (supondo que o devido processo legal possa ser chamado de insegurança). Entretanto, quando a vítima é a humanidade e o algoz permanece impune, é o Estado de Direito que se esvai como promessa, gerando a pior das inseguranças coletivas.

81 Voto-vista do ministro Cezar Peluso, sufragado por maioria em plenário, p. 45-6 (ref. do acórdão na nota 6 *supra*). O *Caso Cordero* é um exemplo de boa decisão pelas más razões: com base no art. 7º do Código Civil brasileiro, que normatiza a presunção de morte, os crimes de Cordero foram tipificados como sequestros, logo, crimes permanentes, diante da impossibilidade de fixar a data provável dos falecimentos em questão. É curiosa a maneira como o Boletim da Corte apresenta (e prejulga) o objeto da demanda, logo após o primeiro pedido de vista (de Peluso): “O Código Penal define o sequestro como *privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado* (art. 148), e a *Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas*, no art. II, dispõe que (...) *entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes*. Dessa feita, em razão do crime de desaparecimento não constar no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de aparentemente semelhante ao crime de sequestro, não haveria justificativa para a concessão da extradição. Esse posicionamento encontra respaldo na inaplicabilidade do art. 7º da *Convenção*, que determina a imprescritibilidade do crime de desaparecimento forçado, mas que não foi ratificado pelo Brasil. A Lei n.º 6.815, de 19/8/1980, também conhecida como *Estatuto do Estrangeiro*, determina que não se concederá a extradição quando o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente (art. 76, II). Assim, inexistindo o crime de desaparecimento forçado na legislação pátria, a extradição não poderá ser concedida”, *Informativo STF n.º 519*, Brasília, 8-12/9/2008. Sobre o crime de desaparecimento forçado, v. *Grupo de Trabalho da ONU sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários*, disponível em: <[www2.ohchr.org/english/issues/disappear/index.htm](http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/index.htm)>.

82 No julgamento do *Caso Cordero*, o primeiro a vincular as duas ações foi o próprio relator, Marco Aurélio, tanto no voto já citado como no debate em plenário: “Senhor presidente, continua sem resposta uma colocação: se os crimes tivessem sido praticados no Brasil – e nessa Operação Condor se diz que havia o envolvimento também de militares brasileiros –, o extraditando poderia sofrer a perseguição sem declarar-se a inconstitucionalidade da Lei de Anistia?” (p.47). O ministro Eros Grau, por sua vez, na condição de relator da *ADPF 153*, formulou o segundo pedido de vista da extradição, por tratar de “matéria semelhante” à interpretação da *Lei de Anistia* (p.49). O ministro Peluso pediu, então, a Grau, que as causas fossem julgadas em separado, pois “não se pode julgar duas coisas distintas sob o mesmo tipo de pressão” (p.53). Grau respondeu que tem o hábito de estudar conjuntamente os casos, mas de pedir que sejam julgados em momentos distintos, ao que retrucou Peluso: “ministro, eu não estou preocupado com Vossa Excelência, mas com outras coisas” (p.54).



## V. DO ALCANCE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH) NO DIREITO BRASILEIRO

27 - Tratemos agora do “fantasma”<sup>83</sup> da condenação do Brasil pela Corte Interamericana. Esclareço, de pronto, que o acórdão da *ADPF 153* não faz referência direta ao *Caso Araguaia*, embora uma parte essencial do pedido daquela demanda seja o seguinte:

8. A Comissão Interamericana solicita à Corte que ordene ao Estado:

a) Adotar todas as medidas que sejam necessárias, a fim de garantir que a Lei N. 6.683/79 (*Lei de Anistia*) não continue representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade”<sup>84</sup>.

Nem o Direito convencional interamericano e ainda menos a jurisprudência da CIDH foram mobilizados no julgamento da *ADPF 153*. Neste particular, o Brasil, pretendente a protagonista do regionalismo progressista, deve enrubescer-se diante de seus vizinhos. Lembremos a Corte Suprema argentina, que reiteradamente definiu as decisões da Corte Interamericana como paradigma interpretativo para os tribunais do país; e renova tal entendimento em sua principal decisão, a de 2005<sup>85</sup>, corolário de trinta anos de luta contra a impunidade, levada a cabo pelo movimento dos direitos humanos<sup>86</sup>. Em sua luminosa sentença, a Corte Argentina afirma (grifo meu):

83 Quisera a eventualidade de tal condenação assombrasse, de fato, o Brasil. A percepção espectral da CIDH em parte da doutrina brasileira não me parece um acaso: “a geração seguinte pode tomar para si migalhas de simbolização, a fim de tentar simbolizar plenamente aquilo que simbolizou-se, de modo imperfeito, na geração precedente. Pode-se dizer que a simbolização parcial *ricocheteia* sobre as seguintes. É o que se chama um *fantasma*”, Serge Tisseron, “La transmission troublée par les revenants et les fantômes”, *Cahiers critiques de pratiques de réseaux*, Bruxelas: De Boeck, N. 38 (1/2007). Que não sejam as violações que nos assombram, e sim a condenação, parece ser um sintoma do pouco que o Direito brasileiro tem contribuído para a divisão do “tempo político” em um “antes e um depois” das ditaduras (a expressão é de Ruti Teitel, “Transitional Rule of Law”, In: Czarnota et al., *Rethinking the Rule of Law after Communism*, New York: CEU, 2005, p. 293).

84 P. 3 da Petição, referência à nota 3 *supra*.

85 CSJN República Argentina, *Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N° 17.768C*. Buenos Aires, 14 de junho de 2005.

86 María José Guembe, “Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar argentina”, *Revista Internacional de Direitos Humanos*: SUR, V. 2, N. 3, 2005, p. 132.

...quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, **la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de “irretroactividad” de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos**<sup>87</sup>.

- 28 - Cabe interrogar a razão pela qual o Brasil, ao contrário de outros países<sup>88</sup>, refuta o “paradigma interpretativo” da CIDH. Provavelmente porque, “se a jurisprudência interamericana segue relativamente modesta no plano quantitativo, nos aspectos qualitativos ela se mostra muito rica, original e, sob certos aspectos, audaciosa”<sup>89</sup>. Da síntese de Kathia Martin-Chenut, emerge claramente um “regime jurídico à parte” para as graves violações de direitos humanos no edifício da CIDH:

...em seu caso *Barrios Altos c/Peru*, quando ela considera inadmissíveis os dispositivos de anistia, de prescrição ou as medidas excludentes da responsabilidade dos autores de graves violações de Direitos Humanos, a Corte precisa que as últimas visam a tortura; as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias; e as desapareções forçadas. Nos acórdãos consecutivos *Goiburú e outros c/Paraguai*, *Almonacid Arellano e outros c/Chile* ou ainda *La Cantuta c/Peru*, a Corte tece o vínculo entre as graves violações de direitos humanos e os crimes contra a humanidade. Essas violações estão de fato na base dos crimes contra a humanidade, e estes traduzem, por sua vez, a confluência entre o Direito Internacional Penal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos”<sup>90</sup>.

Logo, para entender o problema do alcance da jurisprudência interamericana no Direito brasileiro, deixando de lado a questão da difícil permeabilidade da cultura internacionalista na autarquia intelectual do Judiciário brasileiro, questiono: a já mencionada reserva feita pelo Brasil, quando de sua submissão à jurisdição da CIDH, teria sentido em relação ao

87 CSJN, ref. nota 85 *supra*, §31, p. 27.

88 Para constatar os avanços das jurisdições latino-americanas nesta matéria, ver o excelente *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional* (Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2009, part. a apresentação de Naomi Roht-Arriaza, disponível em <[www.dplf.org](http://www.dplf.org)>.

89 Kathia Martin-Chenut, “Introduction”, In: Idem e Elisabeth Lambert Abdelgawad, *Réparer les violations graves et massives des droits de l’homme: la Cour Interaméricaine, pionnière et modèle?* Paris: Société de législation comparée, 2010, p. 26.

90 *Ibid.*, p. 20. Para o inteiro teor dos acórdãos da CIDH, ver <[www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)>.

acervo jurisprudencial da Corte? Um marco temporal, quando figura numa reserva, pode atingir fatos e atos específicos; mas alcançaria a condição de paradigma interpretativo? Ora, parece-me insustentável fatiar a submissão de um Estado a uma jurisdição, ao menos no que atine aos princípios fundamentais que ela edificou. Em qualquer caso, de modo bem mais singelo, admitamos – eis que até o STF já o reconheceu, embora não no seio da *ADPF 153* – que estamos diante de crimes continuados.

- 29 - Na impossibilidade de abordar a espinhosa questão dos efeitos, sobre a ordem jurídica brasileira, da futura decisão da CIDH acerca do *Caso Araguaia*, posto que, por ora, ela ainda não foi tomada; e em meio à vastidão de elementos que poderiam ser aproveitados da jurisprudência da CIDH em relação ao julgamento da *ADPF 153*, opto por tratar de apenas um, e o faço brevemente, considerando, sobretudo, que é a própria Corte quem dirá, dentro de poucos dias, da compatibilidade da *Lei de Anistia* brasileira com seu acervo jurídico. Só poderia ser a **vedação da autoanistia, consagrada pela CIDH**. Sobre isso, sentenciou, em seu voto na *ADPF 153*, o ministro Celso de Mello:

... se fez inequivocamente bilateral (e recíproca) a concessão da anistia, com a finalidade de favorecer aqueles que, em situação de conflitante polaridade e independentemente de sua posição no arco ideológico, protagonizaram o processo político ao longo do regime militar, viabilizando-se, desse modo, por efeito da bilateralidade do benefício concedido pela Lei n. 6.683/79, a construção do necessário consenso, sem o qual não teria sido possível a colimação dos altos objetivos perseguidos pelo Estado e, sobretudo, pela sociedade civil naquele particular e delicado momento da vida histórica nacional<sup>91</sup>.

Mais adiante, o ministro diferencia as “anistias em branco ou autoanistias” que teriam sido usadas pelas ditaduras latinoamericanas, daquelas de “mão dupla” ou de “dupla via”, que constituiriam a originalidade brasileira. Esse argumento permitiria crer que a jurisprudência interamericana não se aplica ao caso brasileiro, não fosse a evidência matemática de que anistiar a outrem não anula a anistia outorgada a si mesmo. Quem pode anistiar? Só o Estado. O indivíduo pode perdoar e ser perdoado, daí decorrendo efeitos morais ou religiosos ou afetivos *inter pares*. Mas o perdão jurídico, a “complacência soberana”<sup>92</sup>, é a estatal. O Estado anistiou seus agentes. Isto é autoanistia. Que o órgão do Estado que praticou a violação seja o Poder Legislativo, ao aprovar a *Lei da Anistia*, não retira sua antijuridicidade. Nas palavras de um dos expoentes do Direito Internacional

91 P. 174.

92 Expressão empregada pelo ministro Celso de Mello, p. 169 de seu voto.

Penal, Kai Ambos, o cumprimento de um pressuposto formal “não subtrai o legislador da observância dos limites materiais contemplados no Direito Internacional”<sup>93</sup>. Sabemos que até emendas constitucionais aprovadas pelo Legislativo podem ser julgadas inconstitucionais. No que a anistia beneficiou a atores outros (não sendo os estatais ou os que agiram com o beneplácito do Estado ou como partículas de uma política criminosa estatal), ela é lícita. De resto, é ilícita.

- 30 - Completando a famosa tese dos “dois lados”, sobressai-se, igualmente, no diapasão do mais singelo senso comum, a imensa questão jurídica da natureza dos crimes políticos. Todos os envolvidos no “conflito armado”, e também os “torturadores”, teriam agido politicamente. Citando, uma vez mais, Nilo Batista, diz o ministro Celso de Mello:

“Swensson Junior<sup>94</sup> tem a coragem de formular a pergunta politicamente incorreta, mas juridicamente indispensável: os agentes do subsistema penal DOPS-DOI/CODI atuaram “por razões pessoais” (sadismo, desafetos etc.) ou por “razões políticas – por exemplo, para salvaguardar o país dos comunistas? Sim, porque se a resposta correta for a segunda, estaríamos sem dúvida diante de crimes conexos expressamente anistiados (muitos sustentariam, com base em critério tradicional, estarmos diante de autênticos crimes políticos, igualmente anistiados)”<sup>95</sup>.

Sequer recorro à abundante doutrina para desfazer essa inocente dicotomia entre motivos pessoais e políticos. Indubitavelmente, a história da tortura durante a ditadura militar brasileira anota episódios de acerto de contas entre desafetos e, por óbvio, casos de sadismo e distúrbios psicológicos de toda sorte, que os devidos processos judiciais permitiriam vir à lume, julgar e, se for o caso, punir<sup>96</sup>. Porém, uma vez mais, o problema de enfoque se impõe. A aferição de motivações pessoais isoladas em nada altera o fato de que existia um programa criminoso, planejado e coletivo, posto em marcha graças ao aparelho de Estado. Estendendo ligeiramente o olhar em direção às jurisdições já desafiadas por questões similares, muitas respostas à pergunta pretensamente indispensável podem ser encontradas. Por exemplo, no paradigmático *Caso Barbie* (grifo meu):

93 *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 1999, p.131.

94 O autor refere-se ao artigo, na já mencionada coletânea, da lavra de Lauro Joppert Swensson Junior, “Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate”, *op. cit.* (referência na nota 2 *supra*). Registre-se que o artigo de Swensson Junior oferece elementos que excedem largamente o trecho resumido e escolhido para a citação. Curiosamente, em suas conclusões, afirma: “tudo isso para que esse debate, tão necessário para a história brasileira, não se resume em **discursos ideológicos ineptos, que escondem conflitos e tensões**” (grifo meu). A meu juízo, esta é uma boa definição para o texto do acórdão da *ADPF 153*.

95 P. 193.

96 O documentário *Cidadão Boilesen* (Brasil, Chaim Litewski, Imovision: 2009), por ex., fornece elementos de prova da participação de empresários nas sessões de tortura realizadas por agentes públicos, seja como financiadores, seja como *voyeurs*, em particular do dinamarquês Henning Albert Boilesen (1916-1971), presidente do grupo *Ultra*, que chegou a criar um novo instrumento de tortura, a *Pianola Boilesen*, uma espécie de teclado que permitia melhor graduar a intensidade dos choques elétricos ministrados às vítimas.



No caso, o móvel político falha na medida em que, no que concerne à sra. Lesevre, os tratamentos abomináveis que ela sofreu e sua deportação ao campo de Ravensbruck não atendiam nem motivos políticos nem uma vontade de eliminação, mas a **preocupação das autoridades alemãs de obter informações militares e de neutralizar um adversário**<sup>97</sup>.

Ou quem sabe, bem mais perto e mais recentemente, na jurisprudência argentina sobre delitos políticos:

... esta classe de infrações lesionam exclusivamente o regime interno dos governos e encontram sua inspiração em móveis altruístas<sup>98</sup>.

Se a fatigante e sistemática tentativa de igualar resistentes e violadores prospera facilmente no plano ideológico, graças ao assoalho cultural autoritário e particularmente anticomunista que se herdou de outras épocas, no plano jurídico tal intento não prospera. De modo que a pergunta ornamental do voto revela-se, quando se amplia o horizonte de resposta, politicamente indispensável, mas juridicamente incorreta.

## VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS: POR UM TRIBUNAL DIGNO DO SUPERLATIVO QUE O PRECEDE

31 - Concluo este modesto percurso retomando a expressão “provincianismo jurídico”. Quando examina as relações entre jurisdições internas e internacionais, e particularmente o problema da unidade da aplicação do Direito Internacional, Pierre-Marie Dupuy pondera que é antes de mais nada **na cabeça dos próprios juízes que a questão se resolve**.

Se eles estiverem convencidos da necessidade de aplicação harmonizada das regras de Direito Internacional, a unidade deste estará assegurada. Se, ao contrário, eles desconhecereem, por cultura ou por incompetência, essa unidade fundamental, ela correrá o risco de simplesmente desaparecer<sup>99</sup>.

97 República Francesa, Corte de Cassação, Câmara Criminal, AP 25/11/1986, Recurso 86-92714, p.2.

98 CSNJ, R.O. A 1579 XLI, *Apablaza Guerra*, 14/9/2010, §16.

99 Pierre-Marie Dupuy, *op. cit.*, p. 1-2.

Na contramão, aferrado à ordem interna e positivada, preconiza o ministro-relator da *ADPF 153*:

No Estado democrático de Direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever (sic) leis de anistia. (...) Dado que esse acordo resultou em um texto de lei, quem poderia revê-lo seria exclusivamente o Poder Legislativo. Ao STF não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias. A ele não incumbe legislar ao apreciar ADPFs, senão apurar, em casos tais, a compatibilidade entre os textos normativos pré-constitucionais e a Constituição.

...

Há quem sustente que o Brasil tem uma concepção particular de lei, diferente, por exemplo, do Chile, da Argentina e do Uruguai, cujas leis acompanharam a mudança do tempo e da sociedade. Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá contudo ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo. Insisto em que ao STF não incumbe legislar sobre a matéria<sup>100 101</sup>.

- 32 - Não surpreende que o Direito Comparado seja citado somente para abortar a comparação. Mas é sintomático que o STF refira-se aos Estados da região no momento em que declina de sua função. De fato, é preciso explicar-se. As novas gerações terão grande dificuldade de entender a diferença de estatura entre o juiz brasileiro e, por exemplo, o juiz uruguaio, que, quando confrontado ao *Caso Sabalsagaray*<sup>102</sup>, às vésperas do referendo popular sobre a revogação de uma lei de anistia, assim percebeu a sua missão:

Superando o papel que lhe destinava o velho paradigma paleoliberal, a jurisdição se configura como um limite da democracia política. Na democracia constitucional, o substancial, essa esfera do *não decidível* – que implica determinar que coisas é lícito

100 P. 38-39. No mesmo sentido, o ministro Celso de Mello ressalta o “contexto inteiramente distinto” daquele vigente na Argentina, no Chile e no Uruguai (p. 185).

101 Ameaça, em seu voto, o ministro Gilmar Mendes: “Nos dias recentes, estamos a acompanhar, no plano internacional, a grave crise que está a envolver o Judiciário espanhol, com o juiz Baltazar [sic] Garzón suspenso cautelarmente de suas funções na Espanha por investigar crimes anistiados. E, de alguma forma, é esse o debate que se coloca: se, ao investigar os crimes anteriores do regime franquista, não teria ele rompido com os seus deveres de juiz, isto é, não teria prevaricado”, p. 235.

102 *Suprema Corte de Justicia, Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela. Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad. Ficha 97-397/2004. Acórdão de 19/10/2009.*

decidir ou não decidir – nada mais é do que aquilo que nas Constituições democráticas se convencionou subtrair da decisão da maioria. E o limite da decisão da maioria reside, essencialmente, em duas coisas: a tutela dos direitos fundamentais (os primeiros, entre todos, são o direito à vida e à liberdade pessoal, e não há vontade da maioria, nem interesse geral, nem bem comum ou público que justifiquem seu sacrifício) e a sujeição dos poderes públicos à lei”<sup>103</sup>.

Assim, a Corte uruguaia julgou inconstitucionais e inaplicáveis ao caso concreto diversos dispositivos da chamada *Lei da Caducidade* (Lei N. 15.848, de 1986), ressaltando que:

... a ilegitimidade de uma lei de anistia ditada em benefício de funcionários militares e policiais que cometeram delitos dessa natureza, gozando de impunidade durante regimes de fato, foi declarada por órgãos jurisdicionais, tanto da comunidade internacional como dos Estados que passaram por processos similares ao vivido pelo Uruguai na mesma época. Tais pronunciamentos, pela semelhança com a questão analisada, e pela relevância que tiveram, não poderiam ser ignorados no exame de constitucionalidade da Lei N. 15.848 e foram levados em conta pela Corporação para exarar a presente sentença<sup>104</sup>.

- 33 - Por fim, cumpre referir-se a outras dimensões do ensimesmamento judicial. A expressão “crimes contra a humanidade” porta, como nenhuma outra, o peso da escrita coletiva, na qual se misturam os testemunhos, a criação literária, o discurso jurídico e a imaginação política<sup>105</sup>. Talvez empobrecidos, e com isso depauperando também o Brasil, em todas essas frentes, os magistrados do STF acabaram por reproduzir, em contexto muito diverso, o “mal menor” que representou o litigioso artigo da *Lei de Anistia*. Perenizou-se uma equação **conjuntural** do Poder Legislativo brasileiro, aliás, reconhecida em muitos trechos do acórdão: a anistia possível, em 1979, foi aquela<sup>106</sup>. Mas isso não significa que ela seja lícita. Sacrificar os direitos de muitos, e inclusive princípios universais, para

103 A Corte uruguaia adjunta o exemplo da pena de morte: “Nenhuma maioria alcançada no Parlamento ou a ratificação pelo Corpo Eleitoral – nem se lograsse unanimidade – poderia impedir que a Suprema Corte de Justiça declarasse inconstitucional uma lei que consagre a pena de morte em nosso país, que está proibida por disposição do art. 21 da Carta”, *op. cit.*, p. 35.

104 *Ibid.*, p. 53.

105 Denys Salas, “Les mots du droit pour un crime sans nom – les origines du crime contre l’humanité”, in Truche (org.), *Juger les crimes contre l’humanité*, *op. cit.*, p. 27.

106 Para François Saint-Bonnet, o estado de necessidade se faz automaticamente acompanhar do sentimento de que determinada ação é indispensável: “entre a percepção da situação e a resolução de agir, o entendimento não opera nenhuma mediação, a *disputatio* não tem nenhum lugar. O administrador que age na urgência, ou o órgão que declara o estado de exceção, não faz uma escolha, fruto de uma deliberação, mas é movido pelo sentimento brusco de que não há alternativa. A seguir, quando do exame do juiz, a ratificação por um órgão de controle ou do assentimento da população, a apreciação do ato de necessidade consiste a partilhar, de modo quase mimético, o sentimento de que não se podia agir de outro modo”, *L’État d’exception*, Paris: PUF, 2001, p. 382.

proteger os privilégios de alguns poucos faz parte desse provincianismo. Do ponto de vista da cultura jurídica de um país cujas políticas de segurança pública, em diversas regiões, ainda toleram, velada ou abertamente, a tortura e a execução sumária, é preciso estar alerta para a instalação dos *Estados Janus*, cuja face liberal não exclui uma outra face autoritária, embora procurem justificar juridicamente o injustificável<sup>107</sup>. O problema é que, quando se conquista o regular funcionamento das instituições da democracia formal, um lamentável veredicto pode, bruscamente, provar que “as estruturas institucionais são, enfim, menos importantes que as estruturas mentais”<sup>108</sup>.

---

107 Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris: Seuil, 2010.

108 Pierre-Marie Dupuy, *op. cit.*, p. 27.

