

J

Justiça, retribuição e perdão.

O caso da anistia

Claudio Martins

Promotor de Justiça Militar

RESUMO: A lei de anistia aprovada em 1979 pelo congresso nacional está no centro do debate político. É possível identificar duas opiniões diferentes acerca da persecução penal dos agentes da ditadura que praticaram crimes durante a repressão aos inimigos e adversários políticos. De um lado, há aqueles que defendem a possibilidade de abertura de processo criminal. De outro, há aqueles que acreditam que a anistia tornou impossível a formulação de acusação dos que torturaram e assassinaram adversários da ditadura. A solução possível para a questão política, filosófica e jurídica é a busca da verdade sobre os fatos ocorridos no período.

PALAVRAS-CHAVES: Anistia. Perdão. Retribuição. Verdade. Justiça.

ABSTRACT: The amnesty statute approved in 1979 by brazilian congress is still in the center of the political debate. It is possible to identify two different opinions concerning the prosecution of the agents who had committed criminal offenses during the crackdown on political opponents and enemies of the military regime. On one hand, there are who advocate the possibility of opening criminal cases. On the other, there are who believe the amnesty made it impossible to accuse those that tortured and murdered opponents of the dictatorship. The possible solution to the political, philosophical and legal matter is the search for truth about the events in the period.

KEYWORDS: Amnesty. Forgiveness. Retribution. Truth. Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A judicialização da anistia – 2.1. A síntese do pedido inicial – 2.2. A síntese do voto do relator – 2.3. A tese vencida – 3. A decisão da CIDH – 4. Perdão e anistia – 4.1. A discussão judicial – 4.2. Discussão filosófica – 4.3. As sentinelas do muro de Berlim – 5. Direitos humanos, prescrição e anistia – 6. A verdade – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O debate contemporâneo acerca da anistia, trinta e quatro anos após a promulgação da Lei n. 6.683/79, tem ido além da mera contraposição de ideias. Não há no horizonte, por enquanto, qualquer sinal de que o conflito que aos poucos vem se estabelecendo terá um desfecho institucional próximo. A leitura de documentos, artigos e entrevistas revela, em essência, duas opiniões distintas e radicalmente opostas em relação a um ponto fulcral, qual seja, a submissão a acusações penais formalizadas em juízo de agentes do regime incumbidos da repressão àqueles que se opuseram, tanto no campo democrático quanto na luta armada, à ditadura militar instituída pelo golpe de março de 1964. O que se coloca entre uma tese e outra, como marco divisório, de natureza histórica, política e jurídica, como uma muralha, é a anistia.

Em ambos os discursos é possível identificar diferentes concepções de justiça, ora focada no dever de retribuição, ora na possibilidade do perdão. Paralelamente a essas duas abordagens, os discursos jurídicos estão centrados, de um lado, no cumprimento de deveres internacionais assumidos pela república signatária de tratados internacionais de direitos humanos e, por outro, na inafastabilidade de causas extintivas de punibilidade e em princípios penais da mesma estatura jurídica dos direitos humanos violados por agentes da repressão. Até o momento, a grande vítima do embate político, jurídico e até mesmo filosófico, tem sido a verdade. Enquanto alguns sustentam a natureza negociada da anistia, invocando fatos históricos, a mobilização democrática que o pleito gerou, nacional e internacionalmente, outros afirmam categoricamente a farsa dessa leitura, questionando como um congresso subjulgado ao poder tirânico abriria qualquer espaço para a negociação. Retrato desse entendimento específico vem expresso em artigo

publicado em 28 de maio de 2013 no jornal Folha de São Paulo, no qual seu autor nega que a anistia tenha sido fruto de ampla negociação com setores da sociedade civil e da oposição, qualificando essa visão como “uma das maiores mentiras herdadas daquele período”¹. Ainda segundo o artigo, “não ouve (sic) negociação alguma, mas pura e simples imposição das condições a partir das quais os militares esperavam se autoanistiar”.

Importa, então, analisar as diferentes percepções de justo e injusto que permeiam o debate em andamento, revelador de entendimentos antagônicos sobre a solução adequada para fatos ocorridos no período de 1961 a 1979, abrangido pela Lei n. 6.683/1979, a chamada Lei de Anistia. Para tanto, dois documentos recentes são ricos em ideias e decorrem de decisões colegiadas de órgãos institucionais, sendo um deles a mais alta instância do poder judiciário brasileiro e o outro um órgão internacional de direitos humanos. Trata-se, então, de buscar, numa primeira abordagem, os aspectos políticos, jurídicos, filosóficos e históricos que foram objeto dessas decisões e que explicitam antagonismo dialético, permitindo, dessa forma, buscar a síntese possível, a solução adequada que permita o encerramento da questão e a retomada da normalidade institucional.

A conformidade da lei de anistia à Constituição Federal promulgada em 1988 é o tema central do acórdão da ação de descumprimento de preceito fundamental ADPF n. 153, julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). A conformidade do mesmo estatuto legal com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o chamado Pacto de San Jose da Costa Rica, é tema da análise perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no caso denominado Gomes Lund e outros vs. Brasil. As soluções dadas aos casos são antagônicas, eis que, para o Supremo Tribunal Federal a lei de anistia é válida e impede a persecução penal de agentes da ditadura militar que praticaram crimes de tortura, sequestro, homicídio, dentre outros. Para a CIDH, a lei de anistia é contrária ao Pacto e, portanto, não é documento hábil a afastar a devida responsabilização penal dos agentes do estado. São esses os documentos que servirão de base para o singelo estudo que será apresentado.

¹ Vladimir Safatle. A farsa da anistia.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA ANISTIA

2.1. A síntese do pedido inicial

Em 2008, vinte e nove anos após a edição da Lei n. 6.683/1979, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), representado pelo por Fabio Konder Comparato, ingressou com ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) perante o STF, autuada como ADPF n. 153 e distribuída ao Ministro Eros Grau, pedindo a declaração de não recepção da lei de anistia pela Constituição de 1988 ou a interpretação conforme, de modo a *declarar-se que a anistia dada pela lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores do regime*². Sustenta que a conexão estabelecida pela lei de anistia entre crimes políticos e crimes comuns afronta preceitos fundamentais inscritos na Constituição, como a isonomia, o direito de receber informações dos órgãos públicos, o princípio democrático e republicano e, por fim, o princípio da dignidade humana.

Em seu voto, o Relator não deixou de consignar crítica à atuação da OAB no ajuizamento da ação, lembrando a forte atuação do órgão no movimento que culminou com a edição da lei de anistia. Em suas palavras:

Quando se deseja negar o acordo político que efetivamente existiu resultam fustigados os que se manifestaram politicamente em nome dos subversivos. Inclusive a OAB, de modo que nestes autos encontramos a OAB de hoje contra a OAB de ontem. É inadmissível desprezarmos os que lutaram pela anistia como se o tivessem feito, todos, de modo ilegítimo. Como se tivessem sido cúmplices de outros.

²ADPF n. 153, STF, Tribunal Pleno, j. 28/04/2010.

2.2. A síntese do voto do Relator

Inicialmente, o Relator afastou as preliminares impeditivas da análise do mérito arguidas por órgãos que intervieram na ação, dentre os quais a Advocacia Geral da União (AGU) e Ministério da Defesa. Foram suscitadas questões como a ausência de demonstração de controvérsia constitucional ou judicial quanto ao ato questionado e a inutilidade de eventual decisão de procedência, pois estariam todos prescritos os crimes não atingidos pela anistia.

Na análise do mérito, o relator rejeitou os pedidos formulados na inicial sob o argumento de que a lei de anistia não afronta os preceitos fundamentais invocados. Assim, a aventada afronta à isonomia, manifestada na extensão da anistia a indeterminadas classes de delitos, unidos por uma conexão imprecisa, recebeu resposta do relator pelo reconhecimento de que há desigualdades entre a prática de crimes políticos e crimes conexos com eles, mas a lei pode, sem afronta à isonomia, anistiá-los desigualmente, invocando fórmula clássica de que a justiça consiste também em tratar desigualmente os desiguais, resgatando a ideia de justiça distributiva de Aristóteles.

O argumento de incompatibilidade da anistia com o direito de receber informações dos órgãos públicos parte da premissa de que, anistiados os agentes da repressão, restaram vítimas e o povo brasileiro desconhecendo a identidade dos responsáveis “pelos horrores perpetrados, durante dois decênios, pelos que haviam empalmado o poder”. Assentou Eros Grau que a anistia atinge fatos delituosos e não determinadas pessoas.

Para a OAB, a anistia foi votada por um Congresso Nacional composto por senadores escolhidos em parte por via indireta e sancionada por um general do Exército alçado à condição de Chefe de Estado não pelo voto popular, daí a afronta aos princípios democrático e republicano. A lógica do voto condutor é irretorquível: a ser acolhido tal argumento, não haveria o fenômeno da recepção, e toda legislação anterior à vigente Constituição teria desaparecido. E, ainda mais grave, seria inválida até mesmo a anistia concedida aos crimes políticos, o que traria “tormentosas e insuportáveis

consequências financeiras para os anistiados que receberam indenizações do Estado, compelidos a restituir aos cofres públicos tudo quanto receberam até hoje a título de indenização”.

Como último preceito fundamental invocado, sustenta a inicial que a anistia, fundada em suposto acordo que permitiu a transição do regime militar para o estado de direito, fez nascer o novo regime em condições de grave desrespeito à pessoa humana. Na visão do voto condutor, trata-se de argumento político e não jurídico, “argumentação que entra em testilhas com a História e com o tempo”, e acrescenta que “causaria espanto se a brava OAB sob a direção de Raimundo Faoro e de Eduardo Seabra Fagundes, denodadamente empenhada nessa luta (anistia), agora a desprezasse, em autêntico *venire contra factum proprium*”.

2.3. A tese vencida

Dois foram os votos pela procedência da ADPF n. 153. Iniciando seu voto com citação de poema de sua própria autoria, Ayres Brito afirma que a humanidade *tem o dever de odiar os seus ofensores* e que o perdão, no indivíduo, é virtude, mas na coletividade pode levar a situações vexatórias. Nega clareza suficiente ao texto da Lei n. 6.683/79, o que impediria o reconhecimento de sua extensão aos crimes cometidos pelos agentes da repressão. Para o juiz, *o torturador é um monstro, é um desnaturado, é um tarado e não se pode ter condescendência com ele*.

Ricardo Lewandowski faz uma análise técnico-jurídica da conexão entre crimes políticos e crimes comuns atingidos pela anistia para afastar a possibilidade de tal liame, preferindo, por outro lado, não adentrar na “tormentosa discussão acerca da ampla punibilidade dos chamados crimes de lesa-humanidade”. Ao final, julgou procedente a ação para que, caso a caso, mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, seja decidida a incidência, ou não, da anistia.

3. A DECISÃO DA CIDH

Na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, alguns crimes, pela sua gravidade, não podem ser perdoados. No julgamento do caso envolvendo o desaparecimento forçado, prisão arbitrária e tortura de 70 pessoas entre militantes do Partido Comunista do Brasil (PC do B) e camponeses durante a repressão à Guerrilha do Araguaia, no período de 1972 a 1975, a Corte decidiu condenar o Brasil a adotar uma série de medidas, como afastar a lei de anistia por incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o reconhecimento da responsabilidade do Estado brasileiro pelas violações de direitos humanos, a necessidade de conformação do direito interno com as normas convencionais, a obrigação de conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, localizar, identificar e restituir restos mortais aos familiares de todos os desaparecidos, dentre outras medidas.

O juiz Roberto de Figueiredo Caldas, no julgamento do caso, fez constar declaração de voto em que afirma que *nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade. É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil.*

4. PERDÃO E ANISTIA

4.1. Discussão judicial

A identificação da anistia com o perdão e a distinção desses conceitos surgem em alguns dos votos que integram o acórdão do STF. O Ministro Cezar Peluso, ao reconhecer que a forma como as sociedades acertam as

contas com o seu passado é fruto de sua carga cultural, defende que *só uma sociedade superior, qualificada pela consciência dos mais elevados sentimentos de humanidade, é capaz de perdoar, porque só uma sociedade que, por ter grandeza, é maior do que seus inimigos, é capaz de sobreviver*, demonstrando seu entendimento de que a anistia, forma de conciliação da sociedade, equivale ao perdão. Carlos Ayres Brito, por outro lado, nega qualquer forma de associação entre perdão e anistia, sustentando que apenas homens perdoam, não a humanidade, a qual tem o dever de odiar seus ofensores. Para Carmen Lucia, a anistia é resultado de perdão e, no caso brasileiro, representou um acordo que permitiu a transição institucional. Marco Aurélio defende que anistia é *virada de página definitiva, é perdão em sentido maior, desapego a paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural*. Para Celso de Mello, a anistia é expressão da clemência soberana do Estado e, no caso, permitiu a recomposição do estado de comunhão nacional. Impossível escapar ao pensamento de Kant, para quem a graça é *o único direito que merece o nome de direito de majestade e é de todos os direitos do soberano verdadeiramente o mais delicado, pois, se prova a magnificência da sua grandeza, permite, todavia, cometer injustiças no mais alto grau*³.

Em pequenos excertos revela-se, na opinião da maioria dos ministros, a associação entre a anistia e o perdão, à exceção do voto de Ayres Britto que, nesse particular, alinha-se com o pensamento de Paul Ricoeur.

4.2. Discussão filosófica

Paul Ricoeur ocupou-se de temas como a vingança, sua evolução para a institucionalização da justiça e o perdão. Ao tratar da anistia, defende que essa modalidade de reabilitação jurídica, tão comum na França desde as comunas, sob alguns aspectos não se assemelha ao perdão, aproximando-se muito mais de seu contrário. A anistia, afirma Ricoeur, interdita não apenas a perseguição aos criminosos como também a própria evocação dos fatos, numa tentativa ao mesmo tempo mágica e desesperada de apagar até mesmo os vestígios de acontecimentos traumáticos, *como se alguma vez pudéssemos apagar a mancha de sangue da mão de Lady Macbeth*. E pergunta:

³KANT, p. 218.

O que se tem em vista? Sem dúvida alguma, a reconciliação nacional. Nesse aspecto, é perfeitamente legítimo reparar pelo esquecimento as lacerações do corpo social. (...) O preço é alto. Todos os delitos do esquecimento estão contidos nessa pretensão incrível a apagar os vestígios das discórdias públicas. É nesse sentido que a anistia é o contrário do perdão, pois este, como ressaltaremos, exige memória⁴.

Ao tratar do perdão, Ricoeur assenta a sua natureza suprajurídica e a titularidade exclusiva da vítima para o ato. E aqui é possível constatar a identificação do pensamento exposto com o voto do Ministro Ayres Brito, negando qualquer semelhança entre o perdão e a anistia: o perdão demanda memória e apenas a vítima, e não a coletividade, é quem pode exercê-lo.

Jacques Derrida, em palestra proferida em agosto de 2004⁵, na cidade do Rio de Janeiro, explorou os temas do perdão e da reconciliação, calcado na sua experiência pessoal junto à Comissão da Verdade e Reconciliação da África do Sul, onde atuou junto a Nelson Mandela. A leitura do texto revela a preocupação do autor com temas presentes na discussão da anistia e de difícil resposta, como lembrar ou esquecer? Reconciliar ou perdoar? A dúvida perpassa o texto:

Não é certo que o perdão ainda faça parte de uma lógica do julgamento, mas, se fizesse, seria e continua sendo difícil saber quem perdoa a quem, o quê, a quem e se Deus é ou não a última instância de apelação. Há sempre essa dualidade das ordens: humana ou divina. Tal dualidade compartilha ou disputa o conceito mesmo de perdão e sobretudo o momento de reconciliação. A reconciliação pode acontecer entre os homens e Deus, mas é verdade que na maior parte das vezes a temática da reconciliação, embora se faça pela mediação de Deus, tende sempre a humanizar as coisas, a abrandar a dureza do veredicto ou do dever.

Hannah Arendt, ao pensar sobre a condição humana, situa o perdão como elemento essencial da existência, remédio para a irreversibilidade da ação, forma de libertar o indivíduo de uma má conduta, sem o que toda sua existência seria definida por um único ato, e se manifesta nas relações pessoais,

⁴ RICOEUR, p. 182.

⁵ DERRIDA, Jacques. Lógicas do perdão. Folha de São Paulo. Mais. 17/10/2004.

nunca individualmente, sendo possível identificar esse argumento ao debate posto no corpo do julgamento do STF acerca da invalidade da autoanistia. Em suas próprias palavras:

ambas as faculdades (o perdão e a promessa), portanto, dependem da pluralidade, da presença e da ação de outros, pois ninguém pode perdoar a si mesmo e ninguém pode se sentir obrigado por uma promessa feita apenas para si mesmo; o perdão e a promessa realizados na solitude e no isolamento permanecem sem realidade e não podem significar mais do que um papel que a pessoa encena para si mesma⁶.

A autora identifica Jesus como o precursor do papel político do perdão, como experiência surgida na “pequena e coesa comunidade de seus seguidores, inclinada a desafiar as autoridades públicas de Israel”. Nesse sentido, ao contrário de Derrida, que remete o perdão à divindade, extrai de um contexto religioso o seu exercício político.

Uma visão diferente acerca da graça e do indulto surge com Radbruch. Para ele, mais do que conciliar tensões dentro do direito, a graça “muito mais significa o reconhecimento do fato de que este mundo não é somente um mundo jurídico, no sentido de *Fiat iustitia, pereat mundus*, que ao lado do direito existem outros valores e que pode ser necessário auxiliar a realização desses valores ainda que contra o direito”. E com esse excerto o autor coloca a importância da discussão dos limites do direito e da justiça, tema que permeia tanto as discussões no julgamento perante o STF quando aquele que se deu perante a CIDH.

4.3. As sentinelas do muro de Berlim

Nos anos que se seguiram à reunificação alemã, deparou-se o poder judiciário com a questão da punição das sentinelas do muro de Berlim que atentaram contra a vida de indivíduos que tentaram cruzar a fronteira. Na justiça de Berlim, no Tribunal Supremo Federal e na Corte Constitucional Federal assentou-se a punição tanto das sentinelas quanto das autoridades militares e civis que ordenavam a ação de impedir cidadãos da Alemanha Oriental de cruzar a fronteira representada pelo muro. Robert Alexy discute, em ar-

⁶ ARENDT, p. 296.

tigo, se é correta a decisão da corte alemã, tendo em vista o direito positivo vigente pós-unificação, determinando que a morte de um fugitivo somente seria punível se assim o determinasse a legislação vigente ao tempo do fato. E, no caso, havia ordem expressa em regulamento de serviço, de 1967, oriundo do Ministério de Defesa Nacional da República Democrática Alemã, impondo às patrulhas das fronteiras impedir a travessia e o dever de abater quem fosse visto já do outro lado. Criticando a decisão do Tribunal Territorial de Berlim, segundo a qual as normas de direito positivo não davam justificação válida às execuções, afirma o autor:

Quien interprete hoy el derecho entonces vigente en la RDA a la luz de los principios del Estado de Derecho, incurra, por vía de una maniobra interpretativa a posteriori, en una retroactividad encubierta, que es todavía más grave que la abierta.

Ocorre que o Tribunal Supremo Federal, mantendo a decisão do Tribunal Territorial de Berlim, deu-lhe, contudo, nova fundamentação, invocando a fórmula de Radbruch, segundo quem a lei positiva, ao alcançar um grau insuportável de contradição com a justiça, a ponto de ser considerada como direito injusto, deve ceder aos ditames da justiça. No caso concreto das sentinelas, assentou a Corte que a justificação dada pelo direito positivo vigente na República Democrática, ao tempo do fato, afronta de tal forma a justiça e os direitos humanos protegidos por tratados internacionais que deveria ceder a tais preceitos em benefício da justiça.

O caso chegou ao Tribunal Constitucional Federal mediante recursos dos condenados. Afirmando a validade absoluta do princípio da legalidade estrita em matéria penal, a Corte entendeu que tal preceito deve ceder frente a um direito positivo oriundo de um Estado que não respeita a separação de poderes, a democracia e os direitos fundamentais, validando, desse modo, a fórmula de Radbruch. A solução irritou o autor do artigo, para quem há contradição insolúvel na afirmação do caráter absoluto do princípio da legalidade penal e sua limitação frente a valores ditos soberanos.

Há um paralelo inegável entre o julgamento das sentinelas do muro e o caso da anistia brasileira, que se revela na discussão entre o direito posto e as pre-

mências da justiça, entre a supremacia ou da norma positivada ou dos direitos humanos gravemente afrontados, como revela excerto do voto antes transcrito do acórdão da CIDH, bem como questões jurídicas relevantes em matéria de transição de regimes.

5. DIREITOS HUMANOS, PRESCRIÇÃO E ANISTIA

A ideia de que o positivismo exacerbado seria um entrave à realização da justiça, entendida como realização dos direitos da pessoa humana mediante a necessária retribuição aos atos de graves violações desses mesmos direitos, encontra-se no centro da decisão da CIDH, o que se demonstra com o voto incluído no acórdão proferido pelo juiz Roberto de Figueiredo Caldas antes transcrito, e encontra repercussão no julgamento do STF. Celso de Mello busca demonstrar a impossibilidade jurídica da retroatividade da lei penal, uma vez que o conceito de imprescritibilidade é recente no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal considera imprescritível apenas o crime de racismo (artigo 5o, inciso XLII). Insuscetíveis de anistia são os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos definidos em lei (artigo 5o, XLIII). A pergunta elementar é como retroagir essas disposições mais graves para permitir a persecução penal de agentes da ditadura por fatos ocorridos a partir de 1964, sem ignorar os princípios da legalidade estrita e da irretroatividade da lei penal, de índolo constitucional (artigo 5o, incisos XXXIX e XL), e reproduzidos no artigo 9o da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O crime de desaparecimento forçado, classificado como permanente, o que equivale a dizer que a prescrição não atinge a punibilidade desse delito enquanto não se souber o paradeiro do ofendido, amplamente discutido no julgamento da CIDH, sequer é tipificado no Brasil, tendo sido imposta ao Estado a adoção de providências para suprir a lacuna legislativa. A natureza permanente desse crime é invocada para afastar, por exemplo, qualquer hipótese de incidência de extinção do poder punitivo estatal pelo decurso do tempo. São contradições insuperáveis que emergem do julgamento da CIDH, todo ele fundado em direitos humanos declarados em convenção internacional à qual aderiu voluntariamente a República, o que implicará consequências ainda incertas caso não seja cumprido o dispositivo que im-

põe a persecução penal dos agentes responsáveis pelo que se denominou graves violações de direitos humanos. O tema não escapou à análise de Derrida:

Mas, como a ordem do prescritível ou do imprescritível não é a do perdoável ou do imperdoável – os quais não tem mais nada a ver, em princípio, com o judiciário ou o penal -, então essa hipérbole do direito sinaliza contudo para um perdão, a saber, um excesso no excesso, um suplemento de transcendência (pode-se, ao mesmo tempo em que se condena perante a corte de Justiça, perdoar o imperdoável)⁷.

Em sentido análogo, Tércio Sampaio Ferraz Junior sustenta que a anistia não se sujeita a questões como a gravidade da ofensa sofrida e praticada, pois

não é medida voltada para uma determinada prática nem significa o seu reconhecimento como legítimo, mas é ato soberano que não pede nenhuma justificação condicional à autoridade que a concede, porque não visa a outro interesse senão o interesse soberano da própria sociedade⁸.

Efetivamente, por respeito a compromissos internacionais assumidos e em benefício da supremacia do respeito aos direitos humanos que deve nortear toda ação pública, é imprescindível uma reformulação do direito interno à luz dos preceitos que emanam das declarações de direitos humanos, seja definindo o que são as graves violações de direitos humanos, quais crimes são imprescritíveis e quais são insuscetíveis de graça. Na lição de Amartya Sen,

essas articulações públicas de direitos humanos muitas vezes são convites para criar uma nova legislação, em vez de se basear em algo já estabelecido em lei. Os redatores da Declaração Universal de 1948 tinham a esperança evidente de que o reconhecimento explícito dos direitos humanos

⁷ DERRIDA, artigo citado.

⁸ (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Anistia: geral e irrestrita. Folha de São Paulo, 16 de agosto de 2008).

serviria como uma espécie de molde para novas leis que se promulgariam para legalizar aqueles direitos em todo o mundo⁹.

A internalização dos tratados de direitos humanos será capaz, assim, de impedir seja concedida anistia a graves violações que porventura venham a ocorrer, ou que outras causas extintivas do poder punitivo possam atuar sobre fatos como os ocorridos no período da ditadura militar, sem que seja necessário, como pretendeu o juiz da CIDH, a perigosa flexibilização do direito positivo em matéria penal, em benefício de uma ideia de antijuridicidade incorporada na forma de graves violações de direitos humanos. As garantias penais, numa democracia, beneficiam a todos, culpados e inocentes, simples criminosos ou o mais facínora torturador. O desapego ao positivismo jurídico, em matéria penal, remete de forma clara a toda a construção dogmática produzida no regime nacional-socialista. Partindo da mesma ideia central de antijuridicidade, “conforme o são sentimento do povo alemão”, admitia-se o uso irrestrito da analogia, em detrimento de tipos penais previamente definidos, podendo o juiz aplicar penas a condutas que sequer eram expressamente proibidas. Muñoz Conde, em obra que recupera a participação ativa do grande penalista Edmund Mezger na elaboração de leis de pureza racial, descreve a relação do regime com o positivismo jurídico em matéria penal:

a Dogmática jurídico-penal no Estado de Direito está vinculada a um princípio político-criminal que os nazistas sempre viram com receio e como um freio para levar a cabo suas decisões políticas: o princípio da legalidade dos delitos e das penas, que vincula todos os poderes do Estado e, certamente, também a Dogmática jurídico-penal (...) que os juízes do Estado nazista ajudaram desde o primeiro momento a destruir com a introdução já em 1935 da analogia ‘conforme o são sentimento do povo alemão’ como fonte de criação do Direito Penal¹⁰.

⁹ SEN, p. 394.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, p. 57.

6. A VERDADE

A possível síntese entre as teses conflitantes acerca da punição dos agentes da repressão é a busca da verdade dos fatos ocorridos durante o período do regime militar. A ideia de que a anistia implica o esquecimento desses fatos, como sustenta Ricoeur, tese abraçada por Ayres Britto em seu voto, encontra justificativa até mesmo na etimologia, eis que anistia e amnésia compartilham origens bastante próximas nas palavras gregas *amnestía* e *amnesia*, respectivamente.

Na esfera jurídica, todavia, a anistia, oriunda do poder político legislativo, incide sobre o poder punitivo estatal, resultando no arquivamento de inquéritos em andamento, na extinção de processos, na supressão de decisões condenatórias transitadas em julgado. No caso brasileiro, concedeu liberdade a quem se encontrava preso e permitiu o retorno de exilados políticos que tinham sido forçados a deixar o país, não esquecendo que um dos lemas do regime era justamente o ame ou deixo-o.

Tal premissa – anistia como esquecimento, todavia, não se distancia da ideia de que a verdade apenas pode ser reconstruída e buscada na dialética interna do processo penal, mediante acusação formal contra os agentes da repressão, do que decorre, assim, a assertiva de que a anistia teria impedido o conhecimento completo dos fatos. Todavia, a realidade demonstra que há caminhos alternativos à busca da verdade. O trabalho de historiadores, por exemplo, com pleno acesso aos documentos oficiais do período, ainda não revelados de forma completa, é essencial ao cumprimento dessa missão. Há notícias, ainda, de ações cíveis ajuizadas contra chefe de um órgão de repressão do período com declaração judicial de que teve participação efetiva, tanto por ação quanto por omissão, em práticas as mais cruéis de torturas. Nesse sentido expressou-se Celso de Mello, para quem *a improcedência da ação não impõe qualquer óbice à busca da verdade e à preservação da memória histórica em torno dos fatos ocorridos no período*.

Foi também instalada a Comissão Nacional da Verdade, criada pela Lei n. 12.528/2011, com o fim de examinar e esclarecer as graves violações de

direitos humanos para efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional. Entre seus integrantes se revela o suposto dissenso acerca da necessidade de punição de agentes da repressão, discussão que parece escapar ao escopo legal do órgão.

Na lição de Celso Lafer, “uma das características da gestão totalitária é o emprego da mentira”, de onde surge a necessidade de “mecanismos de defesa da verdade factual criados pelas sociedades modernas, fora de seu sistema político, mas indispensáveis para a sua própria sobrevivência”. Assim, o fortalecimento da democracia demanda compromisso inarredável com a verdade por parte de três instituições, quais sejam, a justiça, a imprensa livre e a universidade, sem o que a gestão totalitária amplia seu espaço de atuação¹¹.

A verdade pode, efetivamente, surtir efeitos conciliadores no corpo social. É conhecida a tragédia de Antígona, que desafiou as ordens de Creonte, sujeitando-se à morte, para sepultar o corpo de seu irmão Polinices. Em toda a sua complexidade, o texto de Sófocles ainda hoje suscita questões da maior relevância, como o conflito entre o direito posto e a justiça, e também remete ao drama de famílias que ainda não sabem nem mesmo o destino dado ao cadáver de seus entes queridos, missão que se espera, dentre outras, seja cumprida pela Comissão da Verdade, mesmo reconhecendo, como Beccaria, que a história da humanidade nos dá a idéia de um mar de erros, dentre os quais, pouca e confusa, e a grandes intervalos de distância, a verdade emerge.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidade penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlin.** Cuadernos de Filosofia del Derecho. DOXA 23, 2000.

ARENDT, H. **A Condição Humana.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

¹¹ LAFER, p. 216.

BECCARIA. **Dei Delitti e delle pene**. Milano: Rizzoli, 1989.

COMPARATO, F. K. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LAFER, C. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

MUÑOZ CONDE, F. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RADBRUCH, G. **Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RICOEUR, P. **Condenação, reabilitação, perdão**. In *O justo 1: A justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SEN, A. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DERRIDA, J. **Lógicas do Perdão**. **Folha de São Paulo**, caderno Mais, 17 de outubro de 2004.

FERRAS JUNIOR, T. S. **Anistia: geral e irrestrita**. **Folha de São Paulo**, 16 de agosto de 2008.

SAFATLE, V. **A farsa da anistia**. **Folha de São Paulo**, 28 de maio de 2013.

