

ROSMAR RODRIGUES ALENCAR

Da Linguagem do *Direito* ao Dígito no Processo

ESCRITOS
EM HOMENAGEM
AOS MESTRES

2027

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

DIREITO À MEMÓRIA E ASPECTOS CRIMINAIS: A DITADURA MILITAR E OS EFEITOS DA ANISTIA¹

A André Nicolitt²

O **problema** que lastreia o desenvolvimento deste capítulo consiste em indagar se a «ação de descumprimento de preceito fundamental» – que tangencia a temática da perseguição penal de «crimes lesa-humanidade» e é julgada improcedente, reconhecendo constitucional a «Lei da Anistia» – produz «coisa julgada material» com o efeito obstativo de demanda idêntica sucessiva, ainda que demonstrada, fundamentadamente, a continuidade do descumprimento de preceito fundamental. A **hipótese**, em resposta a essa questão, tende a afirmar que a consecutividade, sem solução de continuidade, do descumprimento de preceitos fundamentais que tutelam direitos humanos sensíveis – por ação ou por omissão –, indica a permanência de via judicial aberta para, diante de ação concentrada ulterior, permitir a revisão da decisão declarativa de constitucionalidade, da «Lei de Anistia», pelo Supremo Tribunal Federal. O estudo segue **método** empírico-dialético, com ênfase no

1. Este capítulo constitui sua terceira versão. A primeira foi originalmente publicada, sob o mesmo título, na *Revista dos Tribunais* (v.952, p. 195-211, 2015) e na obra coletiva *«Direito à memória e direito ao esquecimento»*, organizada por Vivianny Galvão e José Barros Correia Junior (Maceió/AL: Edufal, 2015. p. 99-124). A versão seguinte, reescrita parcialmente a partir do título «Revisitando os aspectos criminais do direito à memória: a ditadura militar e os efeitos da anistia no Brasil», foi encartada na coletânea *«Processo e Justiça na contemporaneidade: estudos em homenagem aos 50 anos do magistrado André Nicolitt»*, sob a organização de Juliana Sanches, Luiza Nicolitt, Rubens Casara e Paulo Henrique Lima (D'Plácido, 2023. p. 937-952).
2. O professor André Nicolitt foi membro da banca examinadora que avaliou a defesa da Tese de Doutorado do autor na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2013-2015).

seu aspecto histórico-crítico, e tem, por **marco teórico**, o magistério de Ana Lucia Sabadell e Dimitri Dimoulis, máxime no que se reporta aos fundamentos da «justiça de transição», sob a **justificativa** de ser necessário frisar o dever de efetivo controle de constitucionalidade em temas de direitos humanos, notadamente para correção de equívocos do passado e, assim, proporcionar reequilíbrio ao sistema. O **objetivo** do capítulo é realçar que os «crimes lesa-humanidade» devem receber regramento distinto para fazer face aos graves riscos decorrentes da «intolerância».

32.1 DITADURA MILITAR E DIREITO À MEMÓRIA

Pavor ao Comunismo. Esse sentimento, generalizado pela mídia, empresarial e setor militar do Brasil, foi o desencadeador do período que se convencionou chamar «Ditadura Militar»³. Nos idos de 1964, um Golpe colocaria fim ao Governo Goulart e iniciaria a gestão de cinco presidentes, oficiais gerais do Exército, perdurando por vinte e um anos, até 1985, com a eleição indireta de Tancredo Neves. Atos Institucionais, com conteúdos restritivos aos mais caros direitos fundamentais, caracterizaram esse regime. Nesse tempo, «crimes políticos» se sucederam. Há notícias de delitos de tortura, dentre outros que violaram gravemente direitos humanos. Antes do encerramento do período, contudo, durante o governo do General João Baptista Figueiredo, foi editada lei com o propósito de conceder anistia a todos os que se envolveram nos atos criminosos ocorridos sob a égide da própria ditadura.

A questão sobre a persecução penal de crimes ocorridos durante o Regime Militar não é exclusiva do Brasil. O debate teve lugar em outros países que vivenciaram situação semelhante. A peculiaridade brasileira se caracteriza pelo tratamento que deu às vítimas e suas respectivas famílias, assegurando, em suma, o ressarcimento pecuniário em razão dos danos causados pelos ilícitos. A persecução penal e o «direito à verdade» ficaram, por longo período, obstados, restando analisar o ato que decretou a anistia, notadamente porque se revelou como «autoanistia», ou seja, anistia concedida durante a mesma ditadura que teria sido conivente com os fatos⁴.

3. Vale conferir reportagem de Wellington Soares, narrando que “políticos, como o então governador da Guanabara Carlos Lacerda (1914-1977) e até a imprensa também foram forças que atuaram para criar as condições necessárias ao golpe. Discursos inflamados de Lacerda e editoriais publicados em grandes jornais são exemplos de como essas instituições contribuíram. Recentemente, o jornal O Globo publicou um texto em que admitia que o apoio dado ao golpe teria sido um erro. Analisar esse material pode ajudar a entender o período” (SOARES, Wellington. Ditadura Militar no Brasil. *Nova Escola*. Disponível em: <<https://novaescola.org.br/arquivo/ditadura-militar>>. Acesso em: 09 mai. 2026).

4. Segundo a «Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos», instituída pela Lei nº 9.140/1995, “no âmbito político, 1979 é o ano da Anistia, que foi aprovada em 28 de agosto,

Surge, nesse contexto, a noção de «justiça de transição», no âmbito da qual se situa o «direito à memória». Trata-se de providências estatais aptas à mitigação dos efeitos negativos dos abusos cometidos em regime anterior, podendo abranger julgamentos de crimes ocorridos sob o período antecedente, bem como a efetivação de indenizações. A compreensão do que seja «justiça de transição» passa pelo alinhamento de suas finalidades. Para tanto, o presente capítulo será desenvolvido a partir das bases pontuadas por Ana Lucia Sabadell e Dimitri Dimoulis.⁵

Ademais, considerando aspecto histórico permeado pela crítica, é de ver que o governo brasileiro tomou postura apenas parcial no sentido de envidar esforços à pacificação da sociedade. A «autoanistia» promovida através da Lei nº 6.683/1979, é analisada com o fito de melhor compreensão de seu teor e órbita de incidência. Importa, ainda, indagar se esse ato normativo tem validade e se, diante do sistema jurídico inaugurado pela Constituição de 1988, seria possível rever o que assentado na ADPF 153⁶. Essa ação findou por ser julgada improcedente pela Suprema Corte.

A referida «ação de descumprimento de preceito fundamental» teve por objeto o pedido para que o Supremo Tribunal Federal declarasse que a anistia concedida pela Lei nº 6.683/1979 aos crimes políticos ou conexos não se estendia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar. Fundamentou a pretensão de tal declaração, especialmente do § 1º, do art. 1º, do aludido diploma legal, em uma tríplice base: (1) no dever, do Poder Público, de não ocultar a verdade; (2) no «princípio democrático» e no «postulado republicano»; e (3) no «princípio da dignidade da pessoa humana»⁷.

Na verdade, o indigitado instrumento de controle de constitucionalidade seria perfeito para enfrentar a questão do sentido e do alcance dos termos da «Lei da Anistia». Isso porque tal instituto é apto a, embora sendo demanda de controle concentrado de constitucionalidade, permear o concreto, com boa dose de materialização, na medida em que permite ao Supremo exercer uma «atuação substantiva». Além do mais, tem o condão de poder enfrentar atos normativos

envolvendo questões polêmicas a serem abordadas logo adiante neste livro-relatório. Mesmo incorporando o conceito de crimes conexos para beneficiar, em tese, os agentes do Estado envolvidos na prática de torturas e assassinatos, a Lei de Anistia possibilitou o retorno de lideranças políticas que estavam exiladas, o que trouxe novo impulso ao processo de redemocratização. Nesse mesmo ano, foi aprovada a reformulação política que deu origem ao sistema partidário em vigência até os dias de hoje” (BRASIL. *Direito à verdade e à memória*: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p. 29).

5. SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. Anistias políticas: considerações de história e política do direito. In: *Justiça de transição*: das anistias às comissões de verdade. Ana Lucia Sabadell; Jan-Michael Simon; Dimitri Dimoulis (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 250.
6. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em outubro de 2008.
7. STF – Pleno – ADPF 153-DF – Rel. Min. Eros Grau – DJe 06 ago. 2010.

editados em período anterior à Constituição de 1988, desde que se demonstre a violação de preceito fundamental constitucional.

Ainda assim, como se disse, a ação foi rejeitada, perdendo-se a oportunidade para resgatar de maneira mais enfática o «direito à memória» daqueles que enfrentaram os efeitos negativos de delitos políticos e conexos a esses, cujos responsáveis eram agentes estatais. Mesmo sendo demanda com forte apelo ao concreto, apenas superou a fase de sua admissibilidade, sendo o mérito julgado improcedente. Se para as demais ações de controle concentrado de constitucionalidade, cabe a crítica contra a chamada «jurisprudência defensiva», para a referida atuação do STF, o resultado do julgamento pode ser reputado de «baixa efetividade», porque permitiu a postergação da insuficiência de resposta estatal às vítimas e às suas famílias.

32.2 NATUREZA DOS CRIMES DA DITADURA MILITAR E PRESCRIÇÃO

O «direito à memória» envolve providências no sentido de promover a «justiça de transição», seja através da conciliação, seja pela reparação pecuniária, seja ainda por meio da retribuição pelo direito penal⁸. Diante do decurso do tempo, cumpre indagar se as condutas cometidas à época, em razão de «motivação política», estão sujeitas à prescrição. Para tanto, é indispensável cotejar dita razão ideológica com uma outra característica do «móvel» de comportamentos que consistiram em desaparecimentos, torturas e homicídios, na esteira dos fundamentos do que se convencionou denominar de «justiça de transição», cujos objetivos, a propósito, são delineados por Ana Lucia Sabadell e Dimitri Dimoulis, nos seguintes termos:

-Discutir publicamente acerca da versão oficial dos fatos ocorridos durante o regime anterior (ou durante a situação de conflito interno extremo) e tomada de medidas políticas para evitar que se repita tal experiência: «nunca mais!». Para tanto, são feitos estudos e pesquisas, reformas políticas (incluindo o sistema educacional), campanhas de esclarecimento da opinião pública e realizando-se

8. A propósito do «conceito de justiça de transição», Tiago Medeiros Leite propõe uma «teoria sistêmica da memória jurídico-política». Nas suas palavras, “ao tempo em que se desenvolviam as normas internacionais sobre desaparecimento forçado de pessoas, foram desenvolvidos procedimentos de transição”, no sentido de (re)formular o “Estado Constitucional de Direito, nos Estados sob a vigência de governos autoritários, pós-autoritários ou em conflitos internos ou externos, durante a segunda metade do século XX”. Nessa órbita estrutural do processo transicional, é preciso incluir “procedimentos de memória dos fatos ocorridos, processos para reparação das vítimas, reformas de instituições estatais públicas com viés autoritário para um viés democrático, procedimentos de investigação dos crimes e ajuizamento de ações judiciais, buscando responsabilizar os autores de graves violações” (LEITE, Tiago Medeiros. *Por uma teoria sistêmica da memória jurídico-política: desaparecimento forçado*, Comissão Nacional da Verdade e estado constitucional de direito no Brasil. Campina Grande: Plural, 2022. p. 184).

atos simbólicos de resgate da memória (monumentos, museus, exposições, instituição de datas comemorativas).

-Satisfazer as vítimas da violência e da atuação arbitrária do Estado. Para tanto, é oferecida reparação material (indenizações, aposentadorias, reintegração ao serviço público, anulação de condenações) ou moral (pedido de desculpas formal por autoridades estatais, abertura de arquivos, identificação dos agentes de repressão).

-Pacificar a sociedade, eliminando tensões e animosidades entre grupos políticos que apóiam o regime anterior e as forças ligadas ao novo governo. Medidas «de perdão», como a anistia, permitem eliminar conflitos com um compromisso.⁹

O elemento distintivo para desvelar a natureza dos delitos à época da ditadura militar seria o «pavor ao comunismo». Cabe, então, questionar: havia, de fato, uma abominação ao comunismo? Quem eram os rotulados como «comunistas»? Estes poderiam ser classificados como um «grupo»? Havia, de fato, uma atitude discriminatória em relação àqueles que se enquadravam como ameaça ao governo militar?

Para tentar elucidar a matéria, dois conceitos serão aqui trabalhados, a luz do entendimento firmado em julgados do Supremo Tribunal Federal e da doutrina sobre o tema:

(1) o «conceito de crime político»; e

(2) o «conceito de racismo».

Além desses dois enfoques, será alinhada a perspectiva sobre os «crimes de ditadura» que é mais comumente sustentada pela doutrina especializada, qual seja: os crimes de desaparecimento de pessoas, de torturas e de homicídios que, em época de exceção, são crimes contra a humanidade e, máxime por tal razão, são «imprescritíveis».

32.2.1 Conceito de crime político

Crime político é conceito aberto, vago, indeterminado. O Supremo Tribunal Federal firmou, quanto à noção dessa espécie de delito, o seu «caráter relativo». Com efeito, «crime político» pode ser definido de maneira mais aberta ou mais restrita. Em julgado que versou sobre o conceito, a Corte Suprema brasileira assim se manifestou:

9. SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. Anistias políticas: considerações de história e política do direito. In: *Justiça de transição: das anistias às comissões de verdade*. Ana Lucia Sabadell; Jan-Michael Simon; Dimitri Dimoulis (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 250.

III. Crime político: caracterização: relatividade. É da essência da criminalidade política a pertinência dos bens e valores tutelados pelas normas da incriminação que a compõe, em cada sistema jurídico nacional, a identidade e ao ordenamento político do Estado respectivo. Por isso, sob a ótica da ordem jurídica brasileira, um fato submetido a sua jurisdição e que, sob a perspectiva de um ordenamento estrangeiro, configure crime político, não terá aqui a mesma qualificação jurídica, salvo se simultaneamente ofender ou ameaçar a segurança ou a ordem político-social brasileiras¹⁰.

Como se depreende, não é qualquer «motivação política» que torna um «crime de natureza política» em seu sentido estrito. Com base nessa premissa, pode-se dizer que os crimes que repercutem no «direito à memória», perpetrados nos «anos de chumbo»¹¹, não se amoldam ao «conceito de crime político». Essa constatação, no entanto, é irrelevante para repercutir na questão prescricional, sendo mais útil para sustentar que os delitos de ditadura (desaparecimento de pessoas, tortura e outros) não são passíveis de anistia.

Consoante a categorização a que se filia Ivan Luís Marques¹², ao explicar as espécies do gênero «crime político», seria cabível dividi-lo em delito puro ou delito relativo. O «crime político puro» afeta ou ameaça, de forma direta ou indireta, a ordem política de um país: tem assento exclusivo no caráter político. Já o «crime político relativo» é o que, a um só instante, ofende um direito político e um bem jurídico tutelado pelo direito penal comum, sendo, por isso, complexo: é o crime político que coexiste com um crime comum, em relação de conexão¹³. No escólio de Aníbal Bruno, essa classificação “que separa os crimes em comuns e políticos” representa “distinção antiga”, “de grande interesse teórico e prático” e “que se tem mantido através da histórica por influência de duas tendências opostas”:

10. STF – Pleno – RE 160841 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 22 ago. 2014.

11. Expressão que quer aludir ao período ditatorial militar no Brasil.

12. De compasso com as lições de Aníbal Bruno – as quais embasam as reflexões de Ivan Luís Marques –, a doutrina tem envidado esforços para apresentar “distinções entre os crimes políticos: crimes políticos próprios, os que ofendem a organização política do Estado; crimes políticos impróprios, os que acometem um direito político do cidadão. E, ainda, crimes políticos puros, os que têm exclusivamente caráter político, e crimes políticos relativos, compreendendo os complexos ou mistos, que ofendem ao mesmo tempo um direito político e um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal comum, e os crimes comuns conexos a crimes políticos” (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral [volume I: tomo II]. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 226).

13. MARQUES, Ivan Luís. O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e sua aplicação no Brasil. In: *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Luiz Flávio Gomes; Valério de Oliveira Mazzuoli (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 145.

A primeira diferenciou os crimes políticos sob a rubrica de *lesa-majestade*, para impor-lhe o mais rigoroso tratamento penal. Foi assim desde a antiguidade e até o início do século XIX, sob o domínio do absolutismo estatal, justificando-se para essa espécie delituosa a criação das mais revoltantes formas de tortura e aberrações punitivas. Foi mesmo para ela que se construiu o instituto da extradição, a fim de não escaparem ao castigo, pela fuga além das fronteiras, os criminosos dêsse gênero.

Outra tendência, que modificou completamente a posição da matéria, distingue os crimes políticos precisamente para conceder-lhe tratamento mais benévolo. Nasceu do liberalismo que viria inspirar a política das nações cultas desde o comêço do século passado.¹⁴

A sede legislativa dos tipos penais que configuram crime político ficou demarcada no ordenamento jurídico brasileiro a partir da revogação da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983) pela Lei nº 14.197/2021, ao inserir o «Título XII – Dos crimes contra o Estado Democrático de Direito», com capítulos que repartem, do art. 359-I ao 359-T, infrações penais contra «a soberania nacional», «as instituições democráticas», «o funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral» e «o funcionamento dos serviços essenciais».

32.2.2 Conceito de racismo

O racismo é conceito que vem sendo compreendido de forma mais larga. Não se restringe à raça em sentido estrito, mas vai mais além para abranger todas as manifestações do humano, em âmbito cultural, nacional, étnico e político. A nota de relevo para caracterizar «racismo» é a possibilidade – diante de distinção de cunho ideológico –, de segregação, de discriminação que, ao cabo, possam causar grave violação a direitos humanos.

A Constituição do Brasil, na senda da tradicional preocupação com os ilícitos que se referem ao elemento «raça», declara, a um só tempo: (1) que a prática do racismo é imprescritível e inafiançável¹⁵; e (2) que são vedadas discriminações de qualquer espécie¹⁶, repudiando a prática racista, por meio de princípio

14. BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral [volume I: tomo II]. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 224.

15. “Art. 5º [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. O art. 150, § 1º, da Constituição brasileira de 1967 já dispunha que “todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”.

16. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

fundamental¹⁷. O cenário jurídico nacional, nesse diapasão, segue a linha de se conferir proteção máxima aos cidadãos contra discriminações, especialmente porque as distinções têm histórico mundial sobremodo negativo. O desfecho alemão, na época da Segunda Guerra Mundial, é o retrato das consequências da «intolerância». A proteção máxima, por razões inclusive históricas, é indispensável.

A «Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial» foi ratificada e integrada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. O item 1, do seu artigo I, assim preconiza:

Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anula ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida.

E a conhecida «Declaração de Durban», intitulada «Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata», do qual o Brasil fez parte, segue linha semelhante:

1. Reconhecemos que racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata ocorrem com base na raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica e que as vítimas podem sofrer múltiplas ou agravadas formas de discriminação calcadas em outros aspectos correlatos como sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outro tipo, origem social, propriedade, nascimento e outros.

2. Reconhecemos e afirmamos que, no limiar do terceiro milênio, a luta global contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata e todas as suas abomináveis formas e manifestações é uma questão de prioridade para a comunidade internacional e que esta Conferência oferece uma oportunidade ímpar e histórica para a avaliação e identificação de todas as dimensões destes males devastadores da humanidade visando sua total eliminação através da adoção de enfoques inovadores e holísticos, do fortalecimento e da promoção de medidas práticas e efetivas em níveis nacionais, regionais e internacionais;

17. “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo”.

3. Expressamos nossa solidariedade aos povos da África em sua luta incessante contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata e reconhecemos os seus sacrifícios, assim como seus esforços para despertarem a consciência pública internacional acerca destas tragédias inumanas;¹⁸

Sedimentando o conceito de racismo, para abranger também a «prática antissemita», o Supremo Tribunal Federal se manifestou, em acórdão paradigma, consoante o excerto ora transcrito, *verbis*:

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. **Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.** 4. Raça e racismo. **A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.** 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamafobia” e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade

18. Declaração de Durban resultante da «III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata».

e repulsividade da ofensa, a **cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática**. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. **Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.** [...] ¹⁹ (original sem grifo)

O destaque aqui é dado ao fator e circunstância «política» para a possível configuração da discriminação apta a se amoldar ao «conceito de racismo». O horror ao holocausto, sempre lembrado historicamente, fruto da intolerância, é suficiente para o tratamento jurídico especial à matéria. É que a «intolerância», tal qual aquela dirigida ao «comunismo» e que desaguou no período ditatorial militar, é o sentimento que faz com que o legislador emissor de normas sobre tal assunto seja mais rígido e impaciente com condutas que possam resvalar, algum dia, em eliminação.

32.2.3 Noção de crime contra a humanidade

A noção de crime contra a humanidade remonta aos princípios firmados pelo Tribunal de Nuremberg (1950), constituído para julgar os crimes cometidos durante o Regime Nazista (Alemanha, Pós-Segunda Guerra Mundial). Cuida-se de termo de direito internacional e alude a atos de perseguição, agressão ou extermínio sumário levados a efeito contra grupos de indivíduos. Também se inserem no conceito as expulsões e o genocídio. Diante do poder ofensivo alto, essas infrações penais estão sujeitas à jurisdição de tribunais internacionais.

Os crimes contra a humanidade ou «crimes lesa-humanidade» não prescrevem. Trata-se de princípio de direito internacional público, ao qual se sujeita o Brasil, dentro da esteira de cooperação jurídica internacional a que se obrigou historicamente por meio de tratados e, em especial, de conformidade com o próprio texto de sua Constituição. Como exemplos de crimes de lesa-humanidade a doutrina exemplifica os casos da ditadura militar, em especial o sumiço forçado, o extermínio sumário (execução extrajudicial) e a tortura. O «desaparecimento forçado de pessoas», aliás, como sublinhado por Tiago Medeiros Leite, consiste em estratégia para construir verdade com o propósito de “ocultar os fatos, a verdade da força e a violência”, pelo que é correto dizer que “a busca por informações dos desaparecidos e a persistência pela legitimidade da verdade dos familiares

19. STF – Pleno – HC 824242-RS – Rel. Min. Moreira Alves – Dje 19 mar. 2004.

e amigos das vítimas desaparecidas consolida a verdade destes como direito no sistema jurídico atual”²⁰. O cometimento sistemático dessas infrações penais pelo Estado justifica o tratamento diferenciado, imunizando as condutas contra prescrição e contra concessão de anistia em favor próprio.

Sobre o assunto, Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli sublinham que a imprescritibilidade dessas infrações penais tem mais de um alicerce, destacando as hipóteses de «não incidência de prescrição» no sistema brasileiro:

A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade decorre tanto do (a) *jus cogens* internacional (instrumentos da ONU, de 1946 e de 1950), como (b) do caráter permanente de alguns crimes (como é o caso do desaparecimento forçado, v.g.). Essa é a jurisprudência dos tribunais internacionais, assim como da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Goiburú, por exemplo)²¹.

32.2.4 Abrangência da prescrição

Os crimes da ditadura não se sujeitam a prescrição. O caráter de perseguição, de segregação de grupos com mesma ideologia política e de ofensa aos fundamentos de um Estado de Direito são razões suficientes a torná-los figuras típicas subsumíveis às classes de «crime de racismo» e de infrações penais encartadas na «ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático» (delitos penais imprescritíveis).

Ademais, a inserção no rol de «crimes lesa-humanidade» é alicerce suficiente para também evidenciar a impossibilidade de incidência de prescrição, pelo que persiste sendo admissível a instauração de persecução penal estatal contra os responsáveis. Trata-se de fundamento central do sistema designado por «justiça de transição»²². Nessa linha de inteligência, Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli pontificam:

20. LEITE, Tiago Medeiros. *Por uma teoria sistêmica da memória jurídico-política: desaparecimento forçado*, Comissão Nacional da Verdade e estado constitucional de direito no Brasil. Campina Grande: Plural, 2022. p. 236.

21. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes contra a humanidade e a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Luiz Flávio Gomes; Valério de Oliveira Mazzuoli (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 94.

22. No magistério de Tiago Medeiros Leite, “esse campo, denominado de Justiça de Transição, ocupa espaço de observação das Ciências Sociais, que para alguns corresponde na superação de períodos autoritários em busca de uma construção social democrática, plural, com enfoque nos Direitos Humanos e em Estados Constitucionais de Direito”. (LEITE, Tiago Medeiros. *Por uma teoria sistêmica da memória jurídico-política: desaparecimento forçado*, Comissão Nacional da Verdade e estado constitucional de direito no Brasil. Campina Grande: Plural, 2022. p. 184-185).

A Constituição de 1988, como se sabe, prevê expressamente duas hipóteses de imprescritibilidade: (a) o racismo (art. 5º, XLII) e (b) a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, LIV). Há uma terceira situação de imprescritibilidade, presente no plano internacional e universal, que é precisamente a que versa sobre os crimes de lesa-humanidade. No plano interno temos duas situações. No plano internacional (universal) mais uma. São, portanto, três situações no total.

A rigor, não se pode afastar a relação (bastante íntima) entre a imprescritibilidade contemplada no art. 5º, LIV, da Carta de 1988 (ação de grupo armado conta o Estado Democrático), e a definição de crime contra a humanidade²³.

32.3 O ÂMBITO DE VALIDADE E O ALCANCE DA LEI DA ANISTIA NO BRASIL

A Lei da Anistia se caracterizou como autêntica «autoanistia». Essa característica é a mácula que segue sendo violadora do «direito à memória» e incompatível com a almejada «justiça de transição». A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o direito internacional reprimem essa conduta estatal, declarando a invalidade de atos normativos desse jaez.

A propósito, na advertência de André Ramos Tavares, conquanto em contexto não idêntico, mas que guarda relação de pertinência:

[...] vedações à permeabilidade do concreto, pelo processo objetivo, podem assumir consequências graves, ainda que não nitidamente visíveis ou conscientemente planejadas. Como mencionei inicialmente, o grau de defesa da Constituição pode restar diminuído, justamente porque se impõe à Justiça Constitucional certa cegueira normativa, que impede o reconhecimento de certas inconstitucionalidades. Mas também pode significar que se permite à Justiça Constitucional certa cegueira, com “isenção de culpa”.²⁴

A história do Regime Militar brasileiro não é exclusiva na América Latina. Gilda Pacheco anota que, conquanto a consolidação de governos eleitos democraticamente venha sendo fundamental para a efetiva vigência dos direitos humanos e para a diminuição da tortura como prática sistemática,

23. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Crimes contra a humanidade e a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Luiz Flávio Gomes; Valério de Oliveira Mazzuoli (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 95.

24. TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 172.

[...] las secuelas individuales y colectivas en las víctimas y sus familiares, así como en las mismas sociedades que emergen de períodos de represión política, se mantienen. La vigencia de estas secuelas del pasado se manifiesta en realidades como la existencia de personas desaparecidas, asesinadas, torturadas y exiliadas; separaciones definitivas de familias y presencia en los países de quienes fueron instigadores de tortura, en el seno de las democracias, vinculadas a abusos policiales, detenciones ilegales o arbitrarias y condiciones de precariedad en que se encuentran las personas privadas de libertad.

Esta problemática se ve acentuada por un sentimiento de desconfianza generalizada ante la adopción de leyes de amnistía que han sido aplicadas a violaciones masivas de los derechos humanos cometidas en un pasado reciente. Leyes que, como bien destaca Héctor Faúndez “han distorsionado la institución de la amnistía que originalmente fue creada para que el gobierno perdonara los delitos políticos cometidos por sus adversarios, pero nunca para que un gobierno amnistiara sus propios crímenes”.

La Corte Interamericana [...] se ha manifestado contra las leyes de amnistía a las que califica como inválidas por ser contrarias al Pacto de San José y reitera el deber de los Estados de velar, desde su ordenamiento jurídico interno, por los derechos y libertades reconocidos en la Convención, por lo que no se pueden promulgar leyes abiertamente contrarias a las obligaciones asumidas por los Estados.²⁵

Volvendo ao caso brasileiro, pode-se concluir que a Lei nº 6.983/1979 não tem ponto de ancoragem que imunize sua validade, por se inserir em hipótese de concessão de «autoanistia» pelo próprio governo militar. Segundo estimativas aproximadas, tal regime estatal fez desaparecer forçadamente, no Brasil, cento e cinquenta pessoas, foi responsável pelo homicídio de cem pessoas, bem como a ele foram imputados mais de trinta mil casos de tortura. A ausência de providência criminal efetiva contra os agentes do Estado contraria o direito internacional, assim como não se amolda à melhor interpretação do sistema jurídico nacional. Flávia Piovesan sintetiza que:

25. PACHECO, Gilda. Asistencia psicológica en casos de tortura ante el sistema interamericano: una lectura psicosocial. In: *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Renato Zerbini Ribeiro Leão (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 163-164.

A racionalidade adotada pela Corte Interamericana é clara: (a) as leis de anistia violam parâmetros protetivos internacionais; (b) constituem um ilícito internacional; e (c) não obstam o dever do Estado de investigar, julgar e reparar as graves violações cometidas, assegurando às vítimas os direitos à justiça e à verdade.²⁶

32.4 ADPF 153 E LIMITES DA COISA JULGADA

Não andou bem o Supremo Tribunal Federal quando, por maioria de votos, julgou improcedente a Ação de Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 153-DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. A petição inicial, da lavra do jurista Fábio Konder Comparato, sustentou apropriadamente a invalidade da conexão criminal. Tal noção de conexão de crimes comuns aos crimes políticos da época, contida na declaração de extinção de punibilidade pela anistia no bojo da legislação brasileira, intentava, na realidade, ampliar a «noção de crime político» às condutas de «lesa-humanidade» perpetradas no período ditatorial brasileiro para o fim de legitimar-se.

Colhe-se do extrato da certidão de julgamento, o panorama do processo da ADPF 153-DF:

O Tribunal, por maioria, rejeitou as preliminares, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual. Votou o Presidente. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (Relator), julgando improcedente a arguição, foi o julgamento suspenso. Ausentes o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Senhor Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF nº 153-DF. Falaram, pelo argüente, o Dr. Fábio Konder Comparato; pelos *amici curiae*, Associação Juízes para a Democracia, Centro pela Justiça e o Direito Internacional-CEJIL e Associação Democrática e Nacionalista de Militares-ADNAM, respectivamente, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, a Dra. Helena de Souza Rocha e a Dra. Vera Karam de Chueiri; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelo argüido, a Dra. Gabrielle Tatith Pereira, Advogada-Geral Adjunta do Congresso Nacional e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 28.04.2010. Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente

26. PIOVESAN, Flávia. Lei de Anistia, Sistema Interamericano e o caso brasileiro. In: *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Luiz Flávio Gomes; Valério de Oliveira Mazzuoli (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 78.

a arguição, nos termos do voto do Relator, **vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que lhe dava parcial provimento nos termos de seu voto, e Ayres Britto, que a julgava parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição.** Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Senhor Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF nº 153-DF. Plenário, 29.04.2010²⁷. (original sem grifo)

Em seu voto, o Ministro Carlos Ayres Brito fez notar que a Constituição de 1988 estampou, no inciso XLIII, do art. 5º, que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. E a previsão não é novidade no sistema jurídico brasileiro inaugurado em 1988, porém já decorria da série de compromissos internacionais que o País tinha subscrito a partir do final da Segunda Guerra Mundial. Dissentindo desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal reiterou, como argumentos para julgar improcedente a ADPF 153, o costume jurisprudencial defensivo e refratário ao exame concreto de fatos, que ainda persiste como característica de sua jurisdição constitucional, embora não devesse ser em hipótese de arguição de descumprimento de preceito fundamental²⁸:

(1) a Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987) e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 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, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido;

27. STF – Pleno – ADPF 153-DF – Rel. Min. Eros Grau – DJe 22 ago. 2014.

28. A Lei nº 9.882/1999 permite que a arguição de descumprimento de preceito fundamental ataque ato anterior à Constituição de 1988, a teor de seu art. 1º, ao verberar que “a arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Nos autos da ADIN 2.231-8, o STF concedeu em parte liminar, em relação a este inciso I, para, tão somente, excluir, de sua aplicação, controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo.

(2) 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 reescrever leis de anistia²⁹.

Os efeitos da ineficácia da «justiça de transição», diante da omissão na persecução penal de delitos que não se sujeitam à prescrição, conforme as razões desenvolvidas no presente capítulo, configuram «descumprimento de preceito fundamental», mormente quando se verifica que violaram e continuam a ferir gravemente direitos humanos (negativa ao direito à memória e à verdade). Há, ao lado do encobrimento do «direito à memória», a ocultação da verdade e a perpetuação de impunidade de crimes gravíssimos. Só esse efeito concreto, diante do efeito elástico da concessão de «anistia a si mesmo» pelo Regime Militar, já seria suficiente para o acolhimento da ADPF 153-DF.

Por outro lado, a «isenção de responsabilidade» que a Suprema Corte declara quanto aos atos passados, para justificar, com base em categorias de direito interno, a impossibilidade de persecução penal de infrações penais que transcendem os limites do país não tem respaldo quando cotejado com o histórico de (re)afirmação dos direitos humanos que o Brasil, sucessivamente, corroborou. É reducionista a fundamentação tendente a justificar a validade formal da Lei da Anistia, bem como a assertiva de que os seus efeitos, instantâneos, teriam se exaurido.

Vale transcrever a fundamentação do julgado, consignada na ementa do acórdão da APF 153-DF:

A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a (re)instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele (dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil). O debate a esse respeito seria, todavia, despidendo. A uma por

29. STF – Pleno – ADPF 153-DF – Rel. Min. Eros Grau – Dje 22 ago. 2014.