

FRAGMENTOS DE MEMÓRIA, RESTOS DA BARBÁRIE: OU SOBRE O QUE SE PODE PERDOAR E O QUE NÃO SE DEVE ESQUECER

FRAGMENTS OF MEMORY, REMAINDERS OF BARBARITY: WHAT COULD BE FORGIVEN AND WHAT OUGHT NOT TO BE FORGOTTEN

CECILIA CABALLERO LOIS¹ E CARLA ANDRADE MARICATO²

(Universidade Federal de Santa Catarina - Brasil)

Resumo

O presente artigo centra-se na discussão do alcance e sentido da Lei de Anistia, por ocasião do seu aniversário de 29 anos. Busca-se analisar se a interpretação que vem sendo feita da lei é legítima e razoável.

Abstract

This article focuses on discussing the scope and meaning of the Law of Amnesty, on the occasion of his birthday, 29 years. It aims at examining whether the interpretation that has been made of the law is legitimate and reasonable.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O aniversário de 29 anos da lei de anistia foi comemorado sob protestos. A retomada das discussões em torno da punição de envolvidos com crimes de tortura no período do governo militar – sobre estarem ou não contemplados pela lei de anistia sob o rótulo de crimes conexos aos políticos – gerou na sociedade a necessidade de reabrir uma porta de nossa história trancada às pressas como a cartada final de um regime criminoso.

Ao que consta, a chave de acesso ao interior dessa porta foi deliberadamente perdida provavelmente por aqueles que tiveram alguma parcela ou a maior parte de responsabilidade pela tortura praticada nos porões da ditadura brasileira. Por isso, este assunto “deve ser tratado como página virada de nossa história”, a expensas de um desprendimento desses ressentimentos que “em nada interessam ao coletivo” e tampouco contribuem ao avanço civilizatório e convivência pacífica dos cidadãos³.

A despeito dessas opiniões, se, por um lado, parte da sociedade se sente desconfortável em relação ao seu passado e pretende por isso ponderá-lo para que não volte a se repetir no futuro, por outro, é preciso ter em mente que estamos sob a vigência de uma ordem constitucional cujos limites devem não somente ser conservados, mas, sobretudo, defendidos e legados a gerações futuras. Portanto, a abordagem do tema implica considerar paralelamente se esse tipo de crime pode ser simplesmente esquecido como apetece a alguns ou, caso isso não seja possível/desejável, encontrar alternativas que reconciliem o Brasil com seu passado, resgatando a memória e impedindo que

a barbárie se repita no futuro.

Este trabalho não pretende fazer uma incursão detalhada na história desse período que tanto nos envergonha. Por certo, não cabe mais discutir se o golpe militar se tratou de ato legítimo; se as decisões podem ser classificadas como atos de defesa de um Estado; ou, ainda, se de fato, houve tortura no Brasil. O presente artigo parte do pressuposto de que sim, houve tortura no Brasil, de que esta prática atenta contra dignidade da pessoa humana e contra a democracia e, por acreditar-se não ser possível incorporar de maneira impune a violência à trajetória de um Estado pretensamente democrático, é que se procura debater as conseqüências políticas e morais do esquecimento.

Com efeito, a partir das análises de Benjamin sobre a violência como ato fundante e mantenedor do Direito, o texto busca discutir o papel da Lei de Anistia como símbolo categórico da manutenção da violência no Estado Democrático de Direito, representando a própria exceção no âmbito do ordenamento jurídico. Dessa forma, é essencial retomar a lei de anistia, não mais como paradigma da impunidade, mas sim como ponto de partida para uma futura responsabilização dos agentes de tortura do período militar.

Para atingir o objetivo do texto, o caminho a ser percorrido será apresentar, num primeiro momento, a crítica da violência de Benjamin. A seguir, será feita uma breve apresentação da lei de Anistia e dos argumentos jurídicos favoráveis e contrários à responsabilização dos torturadores. Por fim, a partir de questões como: de que modo reparar aquilo que o tempo ou a força impeliu a vítima a esquecer? Seria o Direito instrumento hábil a viabilizar uma reconciliação das vítimas com o seu próprio passado pela retomada desse capítulo da história? – cumpre investigar onde se encontra a chave cujo segredo seria finalmente capaz de descerrar aquela porta trancada às pressas ao cabo da ditadura e que até os dias de hoje eterniza o sofrimento de quem não foi ouvido.

ESTADO DE DIREITO: restos da barbárie

Em um ensaio denominado “Crítica da Violência – Crítica do Poder”⁴ elaborado com base na ambigüidade semântica da palavra *Gewalt* que tanto pode significar “violência” como “poder”, Benjamin procura demonstrar que o direito origina-se substancialmente da violência. Para ele, o interesse do direito no monopólio da força explica-se pela intenção de garantir a si próprio, e não para assegurar fins jurídicos como justiça e bem comum. Assim, em sua origem e finalidade, o direito tem na violência o seu principal anteparo.

Por basear sua força na violência, o direito depara-se com sua existência ameaçada sempre que o poder se encontra fora de seu controle, eis que se confronta com a forte possibilidade de sucumbir ante a instauração de uma nova ordem calcada em pressupostos diversos dos já exis-

tentes e pelo direito preservados. Nesse sentido, Benjamin considera que é justamente nos casos em que o emprego da violência é juridicamente admitido pelo Estado – como nos direitos de greve e de guerra utilizados pelo autor a título de exemplo –, que ela lhe parece tão ameaçadora, pois do uso permitido dessa violência pode decorrer um poder que institui um novo direito⁵.

Como consequência, a todo o momento, o direito reafirma-se a si mesmo através de dois tipos de violência: a violência instauradora e a mantenedora do direito. Assim,

A função do poder-violência, na institucionalização do direito, é dupla no sentido de que, por um lado a institucionalização almeja aquilo que é instituído como direito, como o seu fim, usando a violência como meio; e, por outro lado, no momento da instituição do fim como um direito, não dispensa a violência, mas só agora a transforma, no sentido rigoroso e imediato, num poder instituinte do direito, estabelecendo como direito não um fim livre e independente de violência, mas um fim necessário e intimamente vinculado e ela, sob o nome de poder⁶.

A violência instauradora marca pela primeira vez a fronteira entre o que será considerado legal e ilegal, enquanto a violência mantenedora da lei serve exatamente para regular e manter as fronteiras entre os atos legais e ilegais. Para Benjamin, essa genealogia do poder encontra sua expressão máxima, em ambos os casos, no militarismo, definido como “a compulsão para o uso generalizado da violência como um meio para os fins do Estado”⁷. Segundo o autor, o serviço militar obrigatório é uma forma contundente de violência mantenedora do direito, ou seja, para se manter, o direito recorre em última instância à força militar que lhe garante o exercício do poder, pois não seria eficaz não fosse toda a violência que o sustenta.

Conforme Benjamin, a violência mantenedora do direito é, para os que estão reduzidos à obediência deste, um poder ameaçador “que consiste na alegação de que só existe um único destino e que justamente o status quo e o elemento ameaçador pertencem à sua ordem de maneira irrevogável”⁸. A lei se mostra ameaçadora por estar vinculada ao destino, como a dizer a todos os que a ela se encontram submetidos que, havendo qualquer transgressão à sua ordem, o destino do infrator bem como o poder sobre sua vida e morte estarão inexoravelmente sob seu controle. Daí a concluir-se que “Quando a consciência da presença latente da violência dentro de uma instituição jurídica se apaga, esta entra em decadência”⁹.

Aproximando essas duas categorias conceituais benjaminianas dos fatos ocorridos no período da ditadura militar brasileira, a violência foi instaurada com o estabelecimento do regime de exceção, mantida sob tortura durante o mesmo e perpetuada no regime democrático com a lei nº 6.683/1979. Trata-se da lei de anistia que extinguiu a punibilidade de todos os crimes políticos e

a eles conexos, operando com efeitos retroativos para apagar não só o crime, mas também todas as conseqüências penais dele advindas. Concedeu-se anistia recíproca, que favoreceu e continua favorecendo tanto os dissidentes políticos do regime como também todos aqueles que promoveram a violência sistematizada nas dependências do DOI-CODI.

Assim, o final desse período de exceção foi marcado, no Brasil, por uma lei criada para pôr um ponto final que apagasse definitivamente este capítulo de nossa História. Se a ditadura foi um regime de exceção, o advento da lei de anistia fez surgir no âmbito do regime democrático um estado de exceção permanente. Se, por um lado, a Lei da Anistia constituiu-se em paradigma da transição democrática, por outro, manteve-se na lei a semente da violência soberana. O soberano, além de decidir sobre a exceção garantindo a estabilidade da ordem jurídica, mantém-se, ao mesmo tempo, legalmente fora do âmbito de abrangência do ordenamento jurídico, de modo a deixar impunes os grandes responsáveis pela promoção da violência no período militar, os condutores do regime.

Por meio da violência, os militares instalaram-se no poder e, pelo mesmo método, nele mantiveram-se; de poder mantenedor da ordem e do direito, consubstanciado na obrigatoriedade do serviço militar, os militares passaram a detentores do monopólio da violência em busca daquilo que consideraram serem as prioridades supremas da nação e em nome das quais se cometeram toda sorte de crimes lesa-humanidade. Se antes os militares guardavam alguma legitimidade no âmbito da defesa do Estado, após o golpe, de modo absolutamente ilícito, a força bruta e pura tornou-se o único suporte para as ações de um Estado de Polícia, insurgindo-se contra grupos opositores que faziam frente à censura, à tortura e ao pensamento único impostos pelos condutores da ditadura¹⁰. Ao tomar o poder e todas as formas legítimas de seu exercício, os militares utilizaram-se de meios violentos para a obtenção do que eles definiram como objetivos a serem alcançados para o Estado brasileiro, tais como segurança nacional e restabelecimento da ordem democrática, e avocaram para si o papel que, por Benjamin, fora inicialmente no Estado Moderno atribuído à polícia, instituição à qual o autor tece severas críticas. Para ele,

a infâmia dessa instituição [...] consiste em que ali se encontra suspensa a separação entre poder instituinte e poder mantenedor do direito. Do primeiro se exige a legitimidade pela vitória, do segundo, a restrição de não se proporem novos fins. O poder da polícia se emancipou dessas duas condições¹¹.

E assim, durante alguns anos, suspendeu-se no Brasil a distinção entre o poder que funda e o poder que mantém o direito. Substituindo a palavra “polícia” pela “militares”, equaciona-se uma análise exata, precisa do que ocorreu no contexto ditatorial brasileiro: “por questões de se-

gurança', a polícia intervém em inúmeros casos, em que não existe situação jurídica definida, sem falar dos casos em que a polícia acompanha ou simplesmente controla o cidadão, sem qualquer referência a fins jurídicos"¹².

A ditadura militar é um regime de exceção pautado na confusão entre poder instituinte e poder mantenedor do direito. Situada na zona limítrofe entre o Direito e a Política, a exceção manifesta-se nos chamados momentos de crise suspendendo a ordem jurídica para neutralizar o perigo em vista e restabelecer a normalidade. O fato passa então a ditar a norma a pretexto de garantir sua própria vigência e preservar valores socialmente aceitáveis e compartilhados; e, aquilo que inicialmente fora designado para se constituir em prática excepcional, passa a se configurar deliberadamente como política de Estado¹³.

ANISTIA: conceito e alcance

Você que inventou o pecado, esqueceu-se de inventar o perdão
(Chico Buarque)

Na época em que Chico Buarque compôs *Apesar de Você* – música que se tornou um símbolo de resistência à brutalidade daqueles que se amarguravam até por não controlar o imperativo do clarear impune do céu e o cantar insistente do galo –, não poderia imaginar que o perdão inventado para o pecado dos militares viria a ser, anos mais tarde, a Lei da Anistia: ampla, geral e irrestrita.

Juridicamente, a anistia consiste na remissão concedida pelo Estado a todos aqueles que cometeram atos considerados criminosos pelo ordenamento jurídico em vigor, fazendo cessar diligências persecutórias ou tornando nulas eventuais condenações. Em regra, tais crimes guardam forte conotação política e, por isso, toda lei que declare anistia só pode ter por objetivo aquilo que etimologicamente essa palavra significa: esquecimento¹⁴.

Datado de 1979 e tão esperado pelo próprio compositor da música em epígrafe e por tantos outros obrigados a se exilarem em função dos anos de chumbo que seu país conhecera este diploma legal, além de conceder perdão a todos quantos cometeram crimes políticos no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, conferiu indulgência também aos responsáveis por crimes conexos “de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política” (art. 1º, §1º, Lei 6.683/79).

A Lei nº 6.683/1979 que, no período inicial de transição democrática, disciplina no Brasil a concessão de anistia a determinados atores sociais assim dispõe:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setem-

bro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo 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 (vetado).

Ora, o problema que aqui se discute inicia percebendo que a generalização do sentido e do alcance da norma, evidente na expressão “crimes conexos de qualquer natureza” e na indeterminação subjetiva de seus destinatários, na prática, foi conveniente para garantir a impunidade dos agentes do Estado e seus consortes enredados nos atos de tortura, tal como se verá a seguir¹⁵.

Os setores e autoridades ligados à repressão militar opõem resistência em admitir a existência de perseguições e prática de tortura no regime de exceção. E é justamente para não revolver o passado, que o atual Ministro da Defesa Nelson Jobim declarou que a *Lei da Anistia* “já atendeu a seus objetivos, já realizou seus efeitos e não pode ser alterada”; para ele, é preciso “superar temas do passado e trabalhar com o futuro”, pois “não há qualquer responsabilidade histórica do Exército com relação a isso. O Exército continua com seu prestígio nacional irretocável”¹⁶, até porque, nas palavras do ex-presidente do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso, “mexer com uma coisa dessas pode gerar uma bola de neve”¹⁷.

Para não fazer tábula rasa do passado e tendo em vista ambigüidade de interpretação a que dá azo esta lei, cumpre verificar em que medida o julgamento dos militares neste momento colaboraria para a consolidação da democracia e do Estado de Direito.

A anistia no ordenamento jurídico brasileiro

Partindo-se de uma análise estritamente jurídica desse dispositivo legal, o presente tópico procura apresentar argumentos que têm sido levantados pela doutrina jurídica brasileira e que, na prática, são capazes de isentar de responsabilidade penal os militares que cometeram tortura, uma vez que uma interpretação restritiva dos dispositivos legais e constitucionais tornaria esta possibilidade eficaz.

Inicialmente, podemos afirmar, seguindo o própria diploma legal, que a denominada *Lei da Anistia* concede perdão às condutas criminosas praticadas entre “2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979”, período em que, no Brasil, o poder político esteve sob o comando dos militares. Ora, se o Estado concedeu perdão pela prática de determinadas condutas tipificadas como crime, é porque entendeu conveniente não punir os responsáveis por lesões graves a bens jurídicos dignos de serem tutelados pelo Direito.

Sabe-se, por meio de provas testemunhais e documentais, que, no regime militar, em nome da manutenção de alguns valores, condutas de cunho político foram praticadas. Tais condutas podem configurar vários delitos, sendo o mais grave deles o homicídio (art. 121 do CP), crime que prescreve em 20 anos, isto é, findo esse período, extingue-se para o Estado o direito de perseguir e punir agentes responsáveis pela prática deste crime.

Assim, se o mais grave dos crimes políticos ou a ele conexos, tal como o homicídio, tiver sido cometido no último dia do período abrangido pela lei de anistia, isto é, 15 de agosto de 1979, o Estado teria o direito de responsabilizar criminalmente o agente que o cometeu somente até o dia 14 de agosto de 1999, vinte anos depois do ato criminoso. No entanto, pela edição da lei de anistia, preferiu-se, ao invés de puni-lo, perdôá-lo. Portanto, segundo esse raciocínio, nem se o Estado quisesse punir hoje os torturadores, seria possível, tendo em vista a prescrição de suas condutas criminosas.

Outro ponto a ser observado é que, constitucionalmente, somente são imprescritíveis e passíveis de punição em qualquer tempo, “a prática do racismo” (art. 5, XLII, Constituição Federal) e a “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (art. 5º, XLIV, Constituição Federal). Como a Constituição funda um novo ordenamento jurídico, com base na teoria do poder constituinte originário, todas as condutas praticadas anteriormente a ela e que se enquadrariam nesses dois dispositivos não podem ser por ela abrangidas, em respeito ao postulado jurídico de que a lei penal mais grave jamais retroage. Assim, essa imprescritibilidade prevista na Constituição somente abarca condutas praticadas a partir de 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, restando prejudicada a punição de ações de grupos armados, civis ou militares, cometidas à época da ditadura militar.

Portanto, em que pese a relevância histórica e moral de se discutir se os comandantes das forças armadas que cometeram crimes durante a ditadura militar brasileira foram ou não anistiados pela *Lei da Anistia*, a discussão carece, para os defensores do *devemos deixar como está*, de “interesse prático” no que se refere à possibilidade (ou não) de responsabilização criminal desses agentes estatais, eis que inegavelmente qualquer crime praticado durante o período em discussão encontra-se prescrito.

Por fim, a título de complementação, no que se refere ao Estatuto de Roma, que tipifica perfeitamente condutas realizadas durante aquele período histórico, é claro que estabelecer em seu art. 24, item 1, que “Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto”.

Rever o passado para legar a democracia ao futuro.

Contudo, não é possível deixar de admitir que, diante desta interpretação dada à Lei, restam

muitos incômodos. Seria mesmo possível esquecer e recomeçar do zero? Este tipo de atitude é capaz de sedimentar a construção de um Estado Democrático? É possível desconsiderar a análise de Benjamim, sobre o direito em seu ensaio sobre a violência? Se respondermos negativamente a estas questões será preciso recorrer a outros argumentos para, finalmente, inverter o sentido da *Lei de Anistia* e forjar um novo futuro para o Brasil.

Neste sentido, portanto, só há uma forma para iniciar o trabalho: trata-se de saber se os agentes do regime militar que praticaram tortura contra opositores políticos durante a ditadura poderiam ser beneficiados pela *Lei de Anistia*, pois teriam cometido “crimes políticos ou conexos com estes”, uma vez que foram esses os atos anistiados. Assim, buscar-se-á, neste momento, definir a) no que consiste um crime político; e, b) se a tortura é caso típico de crime político. Tais definições são fundamentais, pois, caso a tortura não possa ser tratada como crime político, os militares jamais poderiam ter sido anistiados.

A Comissão Jurídica Interamericana, na XI Conferência Interamericana, propôs os seguintes critérios para a conceituação de crime político:

- 1) São delitos políticos as infrações contra a organização e o funcionamento do Estado;
- 2) São delitos políticos as infrações conexas com os mesmos. Existe conexão quando a infração se verificar: a) para executar ou favorecer o atentado configurado no item 1; b) para obter a impunidade pelos delitos políticos;
- 3) Não são delitos políticos os crimes de barbaria, vandalismo e em geral todas as infrações que excedam os limites lícitos do ataque e da defesa;
- 4) Não é considerado delito político, para efeito de extradição, o genocídio, de acordo com a Convenção das Nações Unidas (JSTF, Lex 206)¹⁸.

A definição de “crime político”, por seu turno, é bastante ampla e não necessariamente vincula-se ao Direito Penal, como argumentam os contrários à revisão da lei. Um crime somente pode ser definido com base na natureza do bem jurídico tutelado, de modo que se diz político o crime que ameaça ou lesiona a estrutura política vigente. Trata-se, portanto, de ato praticado por opositor daqueles que detêm ou representam o poder em determinado momento. Discriminar quais seriam estes atos é a chave para a compreensão do sentido e alcance da lei de anistia.

Neste sentido, dispõe a lei: “Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal”. Independente de qualquer outra determinação de vontade, esses foram os atos que o legislador tinha em vista quando aprovou a lei. A tortura, pelo contrário, era praticada pelos detentores do poder ou por seus

representantes e, portanto, não se enquadra, nem mesmo em tese, no conceito de crime político, uma vez que não se tratava de ato praticado contra o governo ou contra os representantes do poder, mas, pelo contrário, tratava-se de atos praticados pelos próprios representantes do poder contra os adversários políticos do governo.

Neste sentido, uma interpretação técnica poderia ser extraída na acepção de que os crimes praticados na repressão à dissidência política não são crimes políticos nem com motivação política, e sim crimes contra a humanidade que, por sua natureza, são imprescritíveis. Nesse sentido, inclusive considerando os Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário, os crimes de tortura praticados na repressão à dissidência política são crimes contra a humanidade e, portanto, imprescritíveis.

Do que foi dito, então, é possível perceber a inconstitucionalidade ou interpretação errônea da *Lei de Anistia*. Isto porque, o seu sentido e alcance foram dados por aqueles que praticaram a tortura no país, portanto, isto equivaleria considerar a *Lei de Anistia* brasileira como uma *lei de auto-anistia ou uma lei de anistia recíproca*. Contudo, não há sequer respaldo lógico afirmar que o parlamento pretendeu, em 1979 (ainda na vigência do estado de exceção), editar uma lei concedendo anistia aos representantes do poder que, em nome do governo, prendiam e torturavam os cidadãos contrários à política ditatorial então vigente, pois os representantes do poder, não se viam na necessidade de serem anistiados.

Quem precisava ser anistiado — e a eles o parlamento visou beneficiar — eram os cidadãos que estavam sendo acusados e/ou punidos pela prática de crimes contra o governo (que se costumava chamar na época de “crimes contra o Estado”). Os opositores que se encontravam exilados, ou os que ainda permaneciam no país, mas respondiam a processos criminais, muitos deles presos ou privados de seus cargos públicos ou empregos em virtude da acusação da prática de “crime político”, estes precisavam ser “anistiados” para poderem retomar ou reiniciar sua vida no Brasil.

Não é plausível sustentar que o parlamento teria editado, em 1979, uma Lei de Anistia dirigida aos representantes do governo praticantes de tortura, pela simples razão de que eles não estavam — como até hoje não estão — respondendo a nenhum processo ou denúncia de que precisassem ser anistiados. Somente com a gradual abertura democrática e a necessidade de construir o futuro é que se levanta a questão do julgamento dos agentes que praticaram tortura durante o regime militar. Portanto, ao usar a Lei de Anistia para perdoar este tipo de prática, o que se consegue é instaurar o terror no seio da democracia.

Assim considerando, tal como já foi exposto que a tortura não é um crime político e tampouco a ele conexo e, portanto, não pode ser contemplado pela Lei de Anistia e que o governo brasileiro reconhece ter havido práticas de tortura no regime militar, urge pensar o que resta a fazer. Resta pensar o que, como e a quem responsabilizar pela ferida que não quer fechar.

Do crime político aos crimes contra a humanidade: um adeus aos restos de barbárie

Se partirmos então do pressuposto acima exposto de que a tortura não é um crime político e também não é um crime que possa ser enquadrado dentro dos dispositivos legais e constitucionais pátrios, resta a questão de perguntar-se: o que este tipo de ato constitui? A resposta vem da ordem internacional e da defesa incondicional dos direitos humanos: trata-se de um crime de lesa-humanidade e como tal tem que ser tratado.

Iniciamos, então, por perguntar qual seria a diferença entre crime político e crime contra a humanidade? De maneira simplificada, traduz-se por crime contra a humanidade aquele ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, com violação de direitos humanos. Já os crimes políticos são de definição mais ampla, podendo ser aqueles que atacam a ordem política vigente, ou que tenha motivação política, ressaltando-se a importância de uma resistência legítima.

Os crimes de lesa-humanidade são descritos nos tratados e convenções internacionais, especialmente na (a) Convenção de Haia, ratificada pelo Brasil em 02 de janeiro de 1914; (b) Estatuto do Tribunal de Nuremberg (art. 6º c), ratificado em 21 de setembro de 1945; (c) Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil em 24 de setembro de 2002; (d) Convenção Interamericana de Direitos Humanos (jurisdição reconhecida pelo Estado brasileiro); (e) Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968 (art. 1º 2); (f) Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984.

Tomando a definição do Estatuto de Roma, entende-se “crime contra a humanidade” aquele ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil em que haja conhecimento, dentre outros, de (a) homicídio, (b) prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional, (c) tortura, (d) agressão sexual, (e) perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, (f) desaparecimento forçado de pessoas. Deve-se ressaltar que o crime de lesa-humanidade, por ser generalizado e/ou sistemático, pressupõe um mínimo de institucionalização, de modo que fatos isolados e eventuais muito dificilmente se enquadrariam neste tipo.

É então tomando por possibilidade o fato de que o Brasil não julgue os possíveis crimes lesa-humanidade cometidos no Regime de Exceção, a justiça internacional realizar o julgamento. Com efeito, tal como se verá seguir, o Tribunal Penal Internacional (TPI), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ou o Poder Judiciário de outros países teriam a competência para julgar os crimes considerados de lesa-humanidade no período da Ditadura Militar no Brasil.

Se, por um lado, pode ser alegado que o Tribunal Penal Internacional não poderá apreciar os crimes de lesa-humanidade visto que sua competência não será retroativa (apenas podem ser apurados e julgados neste tribunal fatos posteriores à sua criação, 01/07/2002), o mesmo não acontece com a Corte Interamericana de Direitos Humanos que foi reconhecida pelo Brasil e que estabeleceu a competência obrigatória da CIDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para os fatos ocorridos apenas a partir da data do reconhecimento.

Por outro lado, a CIDH proferiu sentença no caso *Barrios Altos 17* e declarou inválidas as leis de anistia decretadas pelo governo de Alberto Fujimori, firmando o posicionamento de que o Estado está obrigado a retirar das ditas leis seus efeitos jurídicos no direito interno, a investigar, processar e julgar as graves violações aos direitos humanos, bem como punir os responsáveis. Por fim, a prisão decretada pelo juiz espanhol Garzón no caso Pinochet criou um moderno precedente no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A gravidade e a imprescritibilidade impõem a todos os Estados da comunidade internacional um direito-dever de punir aqueles que cometerem tais crimes. Neste sentido, embora esta corrente não seja imune a posições contrárias, é um precedente concreto para que outros países possam arrogar para si a competência para julgar os crimes cometidos durante a ditadura militar no Brasil, caso este decida omitir-se.

Certamente, os crimes de tortura cometidos pelos militares não poderiam ser abafados senão por uma medida de exceção. Em nome da estabilidade política, da segurança pública e por razões de Estado, as vítimas que sobreviveram às torturas e os familiares dos que a ela sucumbiram foram obrigados ao silêncio injusto dos que têm muito a dizer acerca da impunidade de seus torturadores, mas nada podem fazer ante a força da lei. Portanto, o que põe fim à ditadura é uma lei que condena a memória das vítimas de tortura ao esquecimento e só vem a confirmar aquilo que Benjamin nos ensina: o fato de que a violência funda o Direito.

Notas

¹ Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e Doutora em Direito pela UFSC.

² Mestranda em Teoria e Filosofia do Direito na Universidade Federal de Santa Catarina.

³ Ou, nas palavras de nosso ilustre Ministro Marco Aurélio Melo, a anistia “é definitiva virada de página, perdão em sentido maior, desapego a paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural. Anistia é ato abrangente de amor, sempre calcado na busca do convívio pacífico dos cidadãos”; e continua: “Feridas das mais sérias, consideradas 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”. Extraído de seu voto como relator no pedido de extradição 1079 do militar uruguaio Manuel Cordero Piacentini acusado de tortura em seu país. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1079&classe=Ext&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> e <<http://unisinis.br/blog/ppgdireito/files/2008/09/voto-do-ministro-marco-aurelio.pdf>>. Acesso em: 02 novembro 2008.

⁴BENJAMIN, Walter. Crítica da Violência – Crítica do Poder. In: BENJAMIN, Walter. Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie. Tradução de Celeste Ribeiro de Souza e outros. São Paulo: Cultrix/USP, 1986, p. 160-75.

⁵BENJAMIN, 1986, p. 162-4.

⁶BENJAMIN, 1986, p. 174.

⁷BENJAMIN, 1986, p. 164.

⁸BENJAMIN, 1986, p. 165.

⁹BENJAMIN, 1986, p. 167.

¹⁰ Foram capazes de levar a sério até mesmo uma brincadeira e censurar “Tiro ao Álvaro”, música de Adoniran Barbosa que nunca teve militância política, tendo em vista a falta de gosto da canção (referindo-se à sua linguagem coloquial e jocosa, com erros de gramática propositais) e com o intuito de “civilizar” a população brasileira, por eles considerada despreparada e manipulável.

¹¹ BENJAMIN, 1986, p. 166.

¹² BENJAMIN, 1986, p. 166.

¹³ AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção [Homo Sacer, II, 1]. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13.

¹⁴ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. p. 28. Disponível em: <<http://unisinis.br/blog/ppgdireito/files/2008/08/artigo-o-anjo-da-historia-e-a-memoria-das-vitimas.pdf>>. Acesso em: 02 novembro 2008.

¹⁵ Em 21 de outubro do ano corrente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou no Supremo Tribunal Federal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (autuada sob o número 153) contestando a validade do primeiro artigo da Lei da Anistia (6.683/79), que considera como conexos e igualmente perdoados os crimes “de qualquer natureza” relacionados aos crimes políticos ou praticados por motivação política no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. A OAB pede ao Supremo uma interpretação mais clara desse trecho da lei, de forma que a anistia concedida aos autores de crimes políticos e seus conexos (de qualquer natureza) não se estenda aos crimes comuns praticados por agentes públicos acusados de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores. Mais informações a respeito, consultar o sítio: <www.stf.jus.br>.

¹⁶ LINS, Letícia; ÉBOLI, Leandro; JUNGBLUT, Cristiane. Jobim contesta Tarso sobre punição a torturador. O Globo. Recife e Brasília, 01 agosto 2008. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/08/01/jobim_contesta_tarso_sobre_punicao_torturador-547532914.asp>. Acesso em: 02 novembro 2008.

¹⁷ A Lei de Anistia deve ser revista?. Jornal de Debates, 29 outubro 2008. Disponível em: <<http://www.jornaldebates.ig.com.br/debate/lei-anistia-deve-ser-revista>>. Acesso em: 02 novembro 2008.

¹⁸ SILVESTRE, Ana Paula Scóz. A não-extradição devido à natureza política do delito. Neofito.com artigos. Disponível em <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/inter30.htm>>. Acesso em 28 ago. 2008.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: – O poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique de Burigo. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. *Estado de Exceção [Homo Sacer, II, 1]*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

A Lei de Anistia deve ser revista?. *Jornal de Debates*, 29 outubro 2008. Disponível em: <<http://www.jornaldedebates.ig.com.br/debate/lei-anistia-deve-ser-revista>>. Acesso em: 02 novembro 2008.

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BENJAMIN, Walter. *Crítica da Violência – Crítica do Poder*. In: BENJAMIN, Walter. *Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie*. Tradução de Celeste Ribeiro de Souza e outros. São Paulo: Cultrix/USP, 1986, p. 160-75.

LINS, Letícia; ÉBOLI, Leandro; JUNGBLUT, Cristiane. Jobim contesta Tarso sobre punição a torturador. *O Globo*. Recife e Brasília, 01 agosto 2008. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/08/01/jobim_contesta_tarso_sobre_punicao_torturador-547532914.asp>. Acesso em: 02 novembro 2008.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. Disponível em: <<http://unisinus.br/blog/ppgdireito/files/2008/08/artigo-o-anjo-da-historia-e-a-memoria-das-vitimas.pdf>>. Acesso em: 02 novembro 2008.

SILVESTRE, Ana Paula Scóz. A não-extradição devido à natureza política do delito. *Neofito*. com artigos. Disponível em <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/inter30.htm>>. Acesso em 28 ago. 2008.