

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

HIGOR FILIPE SILVA

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E JUSTIÇA DE
TRANSIÇÃO:** Uma análise de compatibilidade material da Lei n. 6.683/79
ante o ordenamento jurídico brasileiro e a responsabilização dos crimes lesa
humanidade ante o sistema americano de proteção aos direitos humanos

UBERLÂNDIA
NOVEMBRO/2019

HIGOR FILIPE SILVA

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E JUSTIÇA DE
TRANSIÇÃO:** Uma análise de compatibilidade material da Lei n. 6.683/79
ante o ordenamento jurídico brasileiro e a responsabilização dos crimes lesa
humanidade ante o sistema americano de proteção aos direitos humanos

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Universidade Federal de Uberlândia como parte dos
requisitos necessários para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Rosa Maria Zaia Borges

UBERLÂNDIA

2019

HIGOR FILIPE SILVA

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E JUSTIÇA DE
TRANSIÇÃO: Uma análise de compatibilidade material da Lei n. 6.683/79
ante o ordenamento jurídico brasileiro e a responsabilização dos crimes lesa
humanidade ante o sistema americano de proteção aos direitos humanos**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Universidade Federal de Uberlândia como parte dos
requisitos necessários para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Professora Dra. Rosa Maria Zaia Borges Dra.
Presidente da Banca - Orientadora

Professor Dr. Alexandre Garrido da Silva
Membro

Professor Dr. Thiago Gonçalves Paluma Rocha
Membro

UBERLÂNDIA
2019

“A educação é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate. A análise da realidade. Não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa.” Paulo Freire

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram para a construção desta monografia, aos mestres e amigos que engrandeceram e compartilharam seus conhecimentos ao longo dos últimos anos, em especial:

*A meus pais, por todo o amor, carinho, compreensão, mas principalmente pela confiança depositada em mim
Pelo tamanho investimento financeiro e emocional.
Se eu cheguei até aqui foi porque pude me apoiar em ombros de gigantes como vocês.*

A minha orientadora Rosa, por tamanha paciência e engajamento para com a conclusão deste trabalho

Ao professor Diego Nunes, primeiro mestre que acreditou em meu potencial e ajudou-me a trilhar meus primeiros passos na área da pesquisa acadêmica

Aos professores que contribuíram de forma significativa com bibliografia e orientações

Aos meus amigos, irmãos e irmãos que a vida me permitiu escolher. Jamais terei palavras para expressar tamanha gratidão por todos os momentos que compartilhamos. Se consegui concluir meu curso, tenham certeza que grande parte desta vitória foi pelo apoio de vocês.

RESUMO

O presente trabalho possui como objeto central a análise de compatibilidade material da Lei n. 6.683/79, a qual se pauta pela averiguação de nulidade jurídica da aludida norma mediante interpretação sistêmica do ordenamento pátrio. Este pauta-se pela averiguação de incompatibilidade da concessão de instituto de disponibilização dos agentes públicos e militares que incorreram na prática de crimes contra a humanidade. Para este, buscou-se delimitar o contexto histórico vivenciado à época, expondo, assim, a recorrência de tais tipos penais, bem como sua sistematização enquanto práxis por parte do Estado Brasileiro. Ademais, buscou-se demonstrar a impossibilidade de recepção da supradita norma, mediante conferência da pertinência temática da Lei de Anistia ante tratados de direitos humanos pactuados pelo Brasil que versem sobre o tema, bem como pela disposição dos preceitos jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade; Lei de Anistia; Nulidade; Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos

ABSTRACT

The present work has as its central object the analysis of material compatibility of Law no. 6,683 / 79, which is guided by the investigation of the legal nullity of the referred rule through a systemic interpretation of the national order. This is guided by the investigation of the incompatibility of the concession of an institute for the provision of public and military agents who incurred in the practice of crimes against humanity. For this, we sought to delimit the historical context experienced at the time, thus exposing the recurrence of such criminal types, as well as their systematization as praxis by the Brazilian State. In addition, we sought to demonstrate the impossibility of receiving the aforementioned rule, by checking the thematic pertinence of the Amnesty Law before human rights treaties agreed by Brazil that deal with the subject, as well as by the provision of the jurisprudential precepts of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Conventionality Control; Amnesty Law; Nullity; Human rights; Inter-American Court of Human Rights

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART –Artigo

AI – Ato Institucional

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

CIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos

CF- Constituição da República Federativa do Brasil

CNV - Comissão Nacional da Verdade

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TPI – Tribunal Penal Internacional

TSM - Tribunal Superior Militar

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. A ASCENSÃO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA DITADURA MILITAR.....	12
2.3 Atos Institucionais.....	13
2.3 Doutrina de Segurança Nacional e as Leis de Segurança Nacional.....	17
2.3 Os órgãos do aparelho repressivo e a tortura.....	19
3. O “GRANDE PACTO”.....	23
3.1 Da inadmissibilidade de concessão de anistia ampla e irrestrita.....	26
3.2 Justiça de Transição.....	33
3.3 Análise Jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto as leis de anistia.....	37
4. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	42
4.1 ADPF n. 153.....	45
4.2 Pacta Sunt Servanda.....	47
5. CONCLUSÃO.....	49
BIBLIOGRÁFICAS.....	26

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como objeto central o exame de compatibilidade material da Lei n. 6.683/79, a qual perpassa pelo análise de impossibilidade de recepção da referida Lei Ordinária ante nítida incompatibilidade normativa para com tratados e convenções internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil é signatário.

Nesta linha, destaca-se que a referida dissonância normativa decorre de expressa despunibilização, por parte da Lei de Anistia, de todos os crimes de natureza política compreendidos entre o período de 1961 e 1979. Diante o presente quadro, vislumbra-se a extensão de anistia a agentes públicos que incorreram na prática de crimes contra a humanidade, dispostos no Art. 7º, 1, “f” e “i” do Estatuto de Roma¹:

Artigo 7º

Crimes contra a Humanidade:

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

f) Tortura;

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

Para tanto, foi exposto, inicialmente, o contexto histórico que permeia a outorga da Lei n. 6.683/79, a qual perpassa pelo estudo dos atos institucionais e Leis de Segurança Nacional que precederam a supradita norma. Ademais, debruçou-se sobre a descrição do aparato Estatal de repressão, bem como discriminar práticas de crimes de tortura e desaparecimento forçado que ilustram a caracterização dos atos desempenhados pelo Estado como crimes contra a humanidade, nos termos do Art. 2 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1984) e Art. II da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas.

Deste modo, mediante a caracterização dos atos enquanto delitos internacionais, buscou-se expor a necessidade de instauração de uma Justiça de Transição, a qual representa mecanismo de ruptura para com os paradigmas do Estado Autoritário vigente e mudança efetiva para um novo Estado Democrático de Direito. Este, mediante recepção da Lei de Anistia pela constituição, deu-se por meio do controle de convencionalidade.

O supradito instituto constitui-se como controle de compatibilidade material de normas de direito interno ante tratados e convenções aos quais o Brasil é signatário, tendo sido

¹ Recepcionado pela legislação interna por meio do Decreto n. 4.388 de 25 de setembro de 2002.

vinculado ao direito interno por meio da Emenda Constitucional n. 45/04, MAZZUOLI (2004). Ademais, buscou-se reforçar a necessidade de instauração de mecanismo de Justiça de Transição por nosso país mediante a exposição do posicionamento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema.

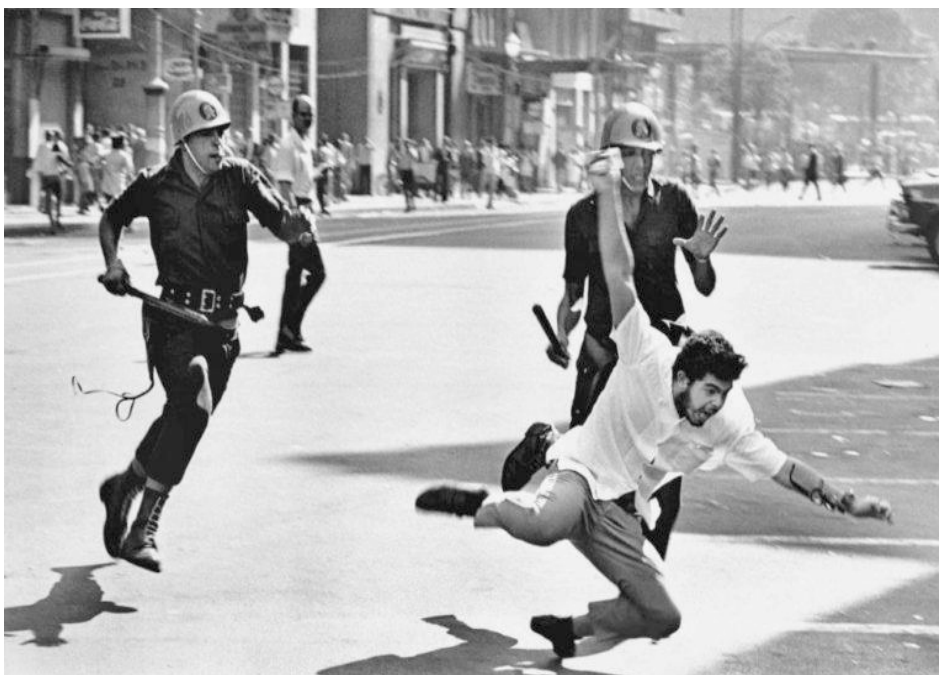
Diante o exposto, justifica-se o presente estudo pela relevância da instauração de uma justiça de transição, a qual possui a finalidade de responsabilizar os delitos institucionalmente fomentados pelo Estado brasileiro. Ademais, faz-se mister elucidar que implementação da justiça de transição perpassa pelo esclarecimento dos fatos ocorrido em 1964 à 1985, tendo como finalidade apresentar a veracidade histórica do íterim supracitado e para evitar que a sociedade brasileira incorra nos mesmos erros, uma vez que, conforme delimita Santayana “aqueles que não conseguem lembrar o passado estão condenados a repeti-lo”².

Por fim, destaca-se que a presente monografia, ampara-se em extensa revisão bibliográfica, a qual busca, de modo interdisciplinar, abordar o conceito do instituto controle de convencionalidade, bem como esclarecer sua competência por parte dos Tribunais de Justiça. O presente levantamento se dará por meio da exposição de conceitos e posicionamentos presentes em manuais e em periódicos presentes em artigos e revistas científicas.

Para além da revisão bibliográfica, a presente obra ampara-se em revisão jurisprudencial, tendo esta a finalidade de confrontar o atual posicionamento jurídico entre as Tribunais Superiores Brasileiras e o entendimento das Cortes Internacionais quanto aos crimes lesa humanidade.

² SANTAYANA George, A vida da razão, Vol. I, Cap. XII. Adaptado, 1905.

2. A ASCENSÃO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA DITADURA MILITAR



Protesto na cidade do Rio de Janeiro em 1968 / Crédito: Memorial da Democracia

Antes de se adentrar ao tema central da presente monografia, a que se destacar o contexto de outorga da Lei n. 6.63/79, bem como a discriminação minuciosa dos crimes que acarretam na impossibilidade de sua aplicação integral no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta linha, a que se destacar, inicialmente, que os delitos lesa humanidade objeto de tutela por parte da Lei de Anistia não decorrem de apuração de fatos isolados. COELHO (2010) delimita que os crimes de tortura e desaparecimento forçado constituíam-se não apenas como fatos recorrentes e de conhecimento geral, mas também, como método de combate a suposta guerra ideológica, conforme será disposto posteriormente.

Destarte, tem-se, nas palavras de VIRISSIMO (2013), a formação de um Estado de Exceção em nosso país, o qual caracteriza-se pela instauração de diversos atos normativos arbitrários que visavam a concentração e manutenção do poder por restrita cúpula de poder.

Quanto ao tema, AGAMBEN (2004) preleciona que constitui elemento comum a Estados de Exceção a supressão do ordenamento jurídico vigente concomitante com a modulação dos limites do mesmo por parte do governo vigente. Dessarte, os Estados compreendidos nos supraditos conceitos apresentam ausência de imposição de limites a construção do direito, sendo este construído e modificado ao arbítrio do governo constituído, conforme pode-se perceber nas palavras de AGAMBEN.

O estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força-de-lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma de exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem logos pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real (AGAMBEN, 2004, p. 63)

Por conseguinte, cria-se um desequilíbrio entre o direito público e o fato político, passando este último a aglutinar os sistemas componentes do Estado, quais sejam, poder Executivo, Legislativo e Judiciário, AGAMBEN (2004). Assim, conclui o autor, que mediante a cisão com Estado de Direito Democrático, o governo passa a gozar da possibilidade legalizar atos que estariam elididos de ilicitude sob égide do prisma normativo anterior, o qual acarreta na criação de um vazio de direito.

ARENDT (2007) complementa que este “vazio de direito” descrito por AGAMBEN (2004), ocasiona na negação radical das liberdades individuais em prol do interesse estatal, sendo este ponto de convergência aos Estados de Exceção. Este, conforme delimita GASPARI (2002), corrobora o tratamento empreendido aos presos nas ditaduras latino americanas, uma vez que mediante argumento de emergência e necessidade, alterou-se a legislação pertinente para possibilitar tratamento diferente aos capturados pelos respectivos governos.

Diante as presentes premissas resta clarividente que, somente mediante a ascensão de um Estado de Exceção em nosso país seria possível a instituição de atos normativos que suspendam liberdades e garantias individuais. Deste modo, a institucionalização deste estado de permanente ausência de direito constitui-se como método de sustentáculo do aparato repressivo que será descrito a seguir, permitindo não apenas sua execução, mas, de mesma forma, legitimando-o.

2.1 Atos Institucionais

O referido quadro de atipicidade jurídica é clarividente no regime objeto do presente estudo, uma vez que é notória a inobservância por parte do governo militar no cumprimento das disposições decorrentes da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesta linha, destacam-se os Art. 4º e 10º do Ato Institucional n. 5/68 (AI-5), os quais possibilitam a suspensão dos direitos políticos e inviabilidade do requerimento do pedido de Habeas Corpus.

*Art. 4º - No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, **poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos** e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.*

*Art. 10 - Fica **suspensa a garantia de habeas corpus**, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. (Grifo Nosso)*

Nos termos dos aludidos artigos depreende-se de uma ausência de limitação ao poder punitivo Estatal, o qual, nos termos dispostos de AGAMBEN (2004), vista tornar legal o que não poderia ser legalizado em um Estado Democrático de Direito.

Ademais, FAUSTO (2008) discorre que a outorga do supramencionado AI, pela ausência de uma previsão quanto ao prazo de duração, representou significativa mudança nas diretrizes do governo militar. O historiador explana que a referida mudança decorre de uma aproximação da ditadura militar brasileira com os ideais da corrente governista mais “linha-dura”³, representando uma “revolução dentro da revolução”⁴.

A que se destacar, em oportuno, que os referidos postulados presentes no supramencionado Ato Institucional conferiram sustentáculo ao aparelho repressivo e a tortura presente ao longo de todo o período ditatorial, conforme será abordado posteriormente. Em mesma linha discorre VIRISSIMO (2013) que o AI-5 constitui-se como sinal verde para a tortura, haja visto o caráter arbitrário para com os direitos civis e pela ausência de delimitação temporal de vigência do mesmo.

A referida afirmação corrobora com os dados presentes na obra “Dossiê Ditadura: Mortos e Desaparecidos Políticos no Brasil (1964-1985)”, publicada em 2009, a qual confere enfoque ao aumento vertiginoso do número de desaparecidos e mortos após a outorga do Ato Institucional n. 5/68⁵. Os postulados arguidos anteriormente comprovam-se pela proporção de casos registrados pelo referido dossiê nos períodos de 1964-1968 e de 1969 a 1972, o qual apresenta o levantamento de 190 casos de desaparecimentos e assassinatos no período posterior a edição do AI-5, em detrimento de 61 casos no primeiro lapso temporal supramencionado.

³ FAUSTO (2008, p. 480) afirma que esta aproximação com a “linha-dura” governista significou uma brutalização da ditadura, acarretando na instrumentalização da prática de censura, cassação de opositores e de tortura.

⁴ FAUSTO, 2015, p. 264

⁵ Dossiê Ditadura: Mortos e Desaparecidos Políticos no Brasil (1964-1985). Relatório - Tomo II: Dossiê Ditadura: Mortos e Desaparecidos Políticos no Brasil (1964-1985) 2 Ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009

Mediante o referido quadro de generalização da prática de crimes contra a humanidade, conclui o Dossiê Ditadura que o Estado de Exceção implantado pela Ditadura Militar “se tornou normalidade no país” (p. 126).

Destaca-se, de mesmo modo, que para além da instauração de um quadro permanente de violação de direitos, o AI-5, por meio de seu Art. 11, institui a impossibilidade de apreciação por parte do poder judiciário da apreciação quanto a legalidade e constitucionalidade das medidas empregadas pelo presente Ato Institucional.

Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Conforme depreende-se do supracitado artigo, os atos praticados por agentes estatais em decorrência de crimes de caráter político ou das diretrizes do Sistema de Segurança Nacional não poderia ser objeto de arguição judicial. Deste modo, instaura-se no Brasil um quadro de permanente de lesão a direitos basilares impuníveis por parte do Estado.

Outrossim, a que se sublinhar que o supramencionado Ato Institucional não levou, sozinho a falência do Estado Democrático de Direito. Conforme dispõe CARVALHO (2006) o Ato Institucional n. 4 possui papel de relevância da estruturação da Ditadura Militar, a qual além de conferir legitimidade para a formação de novo ordenamento jurídico, convalidou as disposições dos Atos Institucionais anteriores. “A Constituição de 1967 sacramentou o fortalecimento do Executivo, ensaiado desde o alvorecer do regime militar, principalmente com relação às questões referentes à segurança nacional.”⁶.

Nesta linha, destaca-se o Art. 8º do Ato Institucional n. 2/65, o qual conferiu de forma permanente a exclusão da competência da Justiça Penal Comum para processar e julgar crimes de natureza política. A referida competência jurisdicional foi transferida, a partir de então, para a Justiça Penal Militar, vide:

Art. 8º - O § 1º do art. 108 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 1º - Competem à Justiça Militar, na forma da legislação processual, o processo e julgamento dos crimes previstos na Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953

Em oportuno, a que se salientar que, complementarmente ao deslocamento de competência, foi editada o Decreto-Lei n. 1.003/69, o qual, por força do Art. 46, II, IV e VI, delimitava que a abertura e processamento de inquéritos dos crimes previstos pela Lei n.

⁶ SILVA, 2011, p. 98

1.802/53 seriam de competência das Auditorias Militares, sendo esta circunscritas a legislação militar.

Diante o referido quadro, afirma SILVA (2011) que a transição da competência jurisdicional dos crimes de caráter político constitui o dispositivo político de maior relevância durante a Ditadura Militar. O autor justifica o referido posicionamento por sustentar que o referido dispositivo significou a elevação da Justiça Militar em palco de “embate jurídico entre governo e sociedade”, instituindo uma Justiça de Regime.

ALVES (1985) delimita, ainda, que a edição do AI-2 nos termos dispostos representou a sistematização de um aparato repressivo com amparo legal, tendo como finalidade realizar a “limpeza” obstaculizada pela “política de ‘normalização’ intentada por Castelo Branco em 1965”. Destarte, conclui SILVA (2011) que a Justiça Militar se constitui como instrumento de legitimação das aspirações punitivistas do regime ditatorial.

Nesta linha, mister elucidar que a referida transição jurisdicional possuía como intuito romper com linha mais liberal de setores do judiciário comum, os quais representavam limitação a pretensão punitiva por parte do governo militar, conforme delimita SILVA (2011). De forma suplementar o autor que a supracitada alteração de foro competente para processar e julgar crimes de natureza política constitui resultado de intensa pressão de setores denominados “linha-dura” do comando militar.

Esta guinada à repressão, segundo dados da ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO (1985), decorre de intensa mobilização por parte da ala mais radical do governo civil militar em ceifar os esforços de certa parte do judiciário que buscava manter a proteção aos direitos individuais dispostos na Constituição de 1946. Este movimento, conforme delimita essa mesma Arquidiocese, possuía como principal finalidade obstaculizar a atuação do STF, uma vez que a referida corte constitucional, em significativo número de casos, pugnava pela interrupção de Inquéritos Policiais-Militares (IMP's), mediante a clarividente lesão a direitos constitucionais.

(...) preconceitos, as desconfianças e as queixas dos meios militares contra juízes e tribunais levaram ao deslocamento de diversas figuras de ilícito penal da justiça civil para a militar. Pretendeu-se, de tal maneira, obter julgamentos mais ‘ajustados’ ao pensamento militar, de alto conteúdo repressivo na época (ROSA, 1985, p. 39).

Destarte, sublinha-se que a Justiça Militar possuía papel não apenas de aplicar as diretrizes da Doutrina de Segurança Nacional, incorporada ao ordenamento jurídico por meio do Decreto-Lei nº 314/67, mas integrava o Sistema de Segurança Nacional, KLEIN (1979).

JOFFILY (2008) complementa que a Justiça Militar e o Superior Tribunal Militar (STM) constituíam-se como engrenagens finais do Sistema de Segurança Nacional.

Nesta linha mister delimitar que a estruturação do Sistema de Segurança Nacional não perpassou apenas pela edição dos Atos Institucionais, mas sim por profunda reformulação ordenamento penal e penal militar. Destaca-se, deste modo, a alteração do Código Penal Militar (CPM), Código de Processo Penal Militar (CPPM), a outorgou a Lei de Organização Judiciária Militar (LOJM), e a edição da Lei de Segurança Nacional como mecanismos de efetivar a punição ao dito “subversivo”.

2.2 Doutrina de Segurança Nacional e a Lei de Segurança Nacional

As referidas reformas, conforme delimita COMPARATO (1986), decorrem da instrumentalização da Doutrina de Segurança Nacional (DSN), sendo este sustentáculo temático para a edição do aparato normativo do Regime Militar.

Assim, explicita BUENO (2016) que a edição e alteração das normas anteriormente expostas na presente monografia, constituíram-se como a materialização da DSN, a qual determinava os novos caminhos adotados pelo Estado brasileiro após a o golpe militar de 1964. FAGUNDES (2014) delimita que a referida doutrina de segurança tem suas raízes vinculadas à forte influência da doutrina anticomunista, a qual tem como principal agente disseminador a ESG.

FAGUNDES (2014), de forma complementar, afirma que para se analisar plenamente o surgimento e desenvolvimento do regime militar perpassa-se, obrigatoriamente, pela análise da influência da Escola Superior de Guerra (ESG)⁷ dentre as forças armadas e a pulverização, nas camadas mais influentes do governo, dos conceitos supramencionados da Doutrina de Segurança Nacional.

É em torno dos homens da ESG que se formará a equipe do governo de Castello Branco. Com ele chega ao poder a Doutrina de Segurança Nacional. Para além dos militares, os fundamentos da doutrina já eram ainda conhecidos e aceitos por uma parcela importante das elites que apoiaram o golpe. (FAGUNDES, 2014, p. 69)

⁷ Conforme elucida FERREIRA (2012, p. 28-31) a ESG remonta a atuação dos Estados Unidos no contexto da Guerra Fria, o qual em decorrência da expansão de influência da URSS criou a denominada Escola das Américas. Esta instituição era responsável por articular coalisão militar entre os EUA e países latino americanos para instituir cooperação ideológico-militar.

Nesta linha, a que se destacar que a Doutrina de Segurança Nacional possuía como objetivo a construção de uma ideia de ameaça comunista, sendo está responsável por possível derrocada da nação, FERREIRA (2012), além da estigmatização do agente perseguido. De forma suplementar, discorre o autor que a referida construção desta figura do opositor perpassa pela caracterização do mesmo, em maioria esmagadora dos casos, de um nocivo comunista, FERREIRA (2012). Este, por sua vez, seria responsável pela inversão de valores e combate a ordem e a paz.

Outrossim, COELHO (2010) delimita que mediante a construção desta figura ameaçadora aos anseios nacionais, nasce o conceito de subversivo, o qual não pode ser sequer enquadrado como ser humano, isto é, é caracterizado como “sub-humano”. Diante este quadro, a figura do criminoso subversivo, seja este comunista ou opositor do regime apresenta-se para a DSN como uma pessoa anormal, não sendo reconhecido como cidadão.

Deste modo, não se aplica a estes direitos básicos inerentes aos demais, sendo possível aplicar medidas excepcionais de supressão de direitos, COELHO (2010).

Nossos acusadores reclamam com frequência de nossos interrogatórios. Alegam que presos inocentes eram mantidos horas sob tensão, sem dormir, sendo interrogados. Reclamam, também, de nossas “invasões de lares”, sem mandados judiciais. É necessário explicar, porém, que não se consegue combater o terrorismo amparado nas leis normais, eficientes para um cidadão comum. Os terroristas não eram cidadãos comuns. (USTRA, 1987, p. 157)

Os referidos postulados conferiram sustentáculo ao recrudescimento das normas dispostas pelo regime civil militar, conferindo, no mínimo, legitimidade a pratica dos crimes de tortura e desaparecimento forçado.

Quanto ao tema, lança-se mão da análise de FAUSTO (2008), o qual discorre que a positivação de normas mais rígidas quanto ao combate do subversivo, no final da década de 60, decorre da disseminação por parte de setores linha dura do governo que a “revolução” estava se perdendo e o subversivo ganhando força. O historiador, afirma, ainda, que a referida crença decorria do significativo crescimento de grupos armados de enfrentamento ao regime e da rearticulação da oposição.

De forma suplementar, FERREIRA (2012) esclarece que a pulverização das ideias da DSN por parte dos militares constitui-se como mecanismo de posicionamento geopolítico. Este, conforme explana o autor, tinha o condão de assegurar aos militares a estabilização política do governo militar no contexto pós-golpe.

Em oportuno, cumpre destacar que a Lei de Segurança Nacional editada em 1967 constitui-se como importante mecanismo de efetivação da dita proteção da Nação, a qual

apresentou profundas mudanças em relação a legislação vigente à época, datada de 1953. Nesta linha, a que se delimitar tipificação dos crimes de incitação e aliciamento ao terrorismo contra a nação⁸, crimes não previstos pela legislação nacional.

A que se salientar, de mesmo modo, que alguns tipos penais tiveram suas penas majoradas, como se observa nos crimes de associação para a prática de crimes incursos no referido Decreto-Lei (Art. 9º LSN) e tentativa de modificação da constituição por meio violento. A que se frisar, quanto ao último tipo penal, que este teve suprimida a aplicação de minorante as agentes não-idealizadores, isto é, não mais se subdividiria a aplicação de pena entre mentores e executores para fins de fixação de pena base.

As referidas alterações, conforme delimita BARANDIER, (1994) decorriam da necessidade de modernização do combate a ameaça comunista, a qual perpassava pelo aprimoramento da capacidade punitiva do Estado. Outrossim, SILVA (2011), destaca que a edição do Decreto-Lei n. 314/67 institui um processo de "militarização" da sociedade", a qual, por meio de seu Art. 1º, institui-se um ideal de coparticipação social no combate ao "subversivo"⁹.

SILVA (2011), complementa que este quadro de responsabilização coletiva representou profunda modificação no conceito do tipo penal, uma vez os crimes contra o Estado passaram a serem entendidos como lesão a própria segurança da nação, tornando "todos os cidadãos responsáveis pela segurança nacional".

Em oportuno, a que se destacar que após a outorga do Decreto-Lei n. 898/69, reintroduziu-se ao sistema penal brasileiro a prisão perpétua, mecanismo este responsável por assegurar que o "subversivo" não retornasse à sociedade, ampliando a definição de segurança nacional, FREIRE, ALMADA e GRANVILLE PONCE (1997).

Mediante o exposto, resta clarividente o anseio de parte massiva do governo militar em instituir mecanismo que oportunizassem ao Estado não apenas a prisão dos opositores do regime, mas de mesmo modo, conferir aparato legal a prática de todos os métodos de combate ao mesmo e a aplicação das medidas mais gravosas possíveis, conforme será exposto a seguir.

2.3 Os órgãos do aparelho repressivo e a tortura

⁸ Art. 8º, caput e 33 do Decreto-Lei n. 314/67.

⁹ Decreto-Lei n. 314/67

Art. 2º A segurança nacional é a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos

Além da estruturação normativa da Doutrina de Segurança Nacional, a qual conferiu legitimidade jurídica a prática dos ilícitos penais internacionais, tortura e desaparecimento forçado, previstos nos Art. V da DUDH e Art. 5º, §1º do PIDCP, conforme anteriormente aludidos, mister delimitar a institucionalização de um aparato Estatal para combate ao subversivo. Nesta linha, conforme delimita OLIVEIRA (2011), a partir do ano de 1968 foi construído por parte do governo militar verdadeiro aparato-repressivo, o qual não possui precedentes em nosso país.

Este, conforme delimita ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO (1985), decorreu da argumentação por parte da ala militar do governo militar da necessidade de se modernizar o combate ao “inimigo interno” e do aprimoramento do sistema de segurança do Estado. De forma complementar o dossiê supradito discorre que o referido aparelhamento tinha o condão de se adequar a um embate contra figuras oposicionistas.

O supramencionado aparelho repressor pautava-se, principalmente, por uma tática de embate furtivo, a qual caracterizava-se pela utilização de “(...) interrogatórios, das investigações sigilosas, da escuta telefônica, do armazenamento e processamento das informações acerca das atividades consideradas oposicionistas” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 75).

Quanto ao tema, mister delimitar, apenas, que o aparelho repressor utilizado pela ditadura não possuía limite de atuação. Isto é, conforme sublinha anteriormente no presente capítulo, mesmo que o destinatário da Doutrina de Segurança Nacional fosse a figura “caricata” do subversivo, o referido aparelho estatal foi utilizado ampla e irrestritamente por parte de agentes dos órgãos de controle do Estado Brasileiro.

Nesta linha, a que se frisar, desta maneira, que a prática de tortura, desaparecimento forçado foi utilizada não apenas em desfavor de guerrilheiros urbanos ou líderes da oposição armada, conforme ilustrado pela ditadura. De mesmo modo, conforme explana COELHO (2010), os métodos repressivos do Estado ditatorial foram utilizados largamente contra indivíduos meramente opositores do regime, o qual criou profundo sentimento de medo por parte da sociedade.

Percebemos que em ambas as ditaduras pesquisadas aqui, um efeito notado é a produção de uma atmosfera de medo na maior parte da sociedade. Independentemente de as pessoas reconhecerem o motivo deste, essa atmosfera era constante. Um dado que nos chama a atenção, e que será tratado mais adiante quando fizermos a discussão a respeito da justificativa da tortura, é que a prática da tortura não foi exclusivamente utilizada aos considerados “inimigos” dos regimes. Muitos torturados não pertenciam a nenhuma organização, o que reforçava essa atmosfera de medo, já que a tortura era utilizada para justificar os regimes terroristas. Com isso, as pessoas percebiam que não era necessário ser contrário aos regimes para ser sequestrado e

torturado, o que gerava um clima de perseguição e paranoia constantes. (COELHO, 2010, p. 112)

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO (1985) salienta, em oportuno, que as práticas supraditas deram-se não apenas em dependências de instituições militares. De mesmo modo, reforçando a tese do aparelhamento do sistema repressivo, destaca-se a criação de locais exclusivos para ocultação de presos e práticas de tortura. ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO (1985) frisa a criação de muitas unidades destes locais, conferindo maior destaque a “Casa de Petrópolis”, local este para onde significativo número de presos foram levados e torturados, sendo registrado dezenas de óbitos no local.

Ademais, mister destacar que Estado Ditatorial desenvolveu organizado sistema de ocultação das respectivas práticas, as quais consistiam, principalmente, no desaparecimento de provas que levassem ao estabelecimento de relação do Estado para com tais práticas.

Quanto ao tema lança-se mão dos depoimentos de Cláudio Guerra, “sub-humano”. do DOPS do Estado do Espírito Santo. NETTO e MEDEIROS (2012) esclarece que o ex-delegado que nos primórdios da década de 70 os corpos de pessoas mortas em tortura ou execução eram descartados em cemitérios clandestinos ou no mar. Posteriormente, afirmar os autores, que a partir do fim do ano de 1973, os corpos também passar a ser incinerados em fornos de usinas, como ocorreu em Cambahyba-ES e Campo-RJ.

NETTO e MEDEIROS (2012) salientam que os corpos descartados em Cambahyba eram provenientes de pessoas torturadas que não resistiram aos interrogatórios, frisando que os mesmos eram entregues ao ex-delegado após a morte. Destarte, Guerra não possuía contato com os responsáveis pela agressão, apenas pelo descarte, o que reforça a tese de uma articulação institucional para ocultação da prática de tortura defendida na presente monografia.

A criação de órgãos específicos para a aparelhamento das pretensões punitivistas do Estado, tendo o DOI-CODE como maior expoente, bem como a articulação entre o poder executivo com as forças armadas conferiram fértil sola a propagação da tortura, a qual não era admitida formalmente pelos governantes à época, porém consistiam em prática de explícita recorrência. Nesta linha a que destacar-se a inquirição do jornalista Sérgio Gomes por parte da CNV, o qual em seu depoimento afirma que o emprego de tortura nas dependências do DOI-CODE era de conhecimento geral da população civil, de tal modo que os imóveis no entorno do supramencionado órgão tinham seu valor de venda e aluguel reduzido pela constante recorrência em que se escutavam gritos de agonia dos torturados.

As referidas afirmações corroboram com os postulados defendidos por SILVA (2014)¹⁰, a qual esclarece que a prática de desaparecimento forçado, além da prática de extermínio, consistia como mecanismo de cooperação internacional. Isto é, a autora destaca que a partir da formação da Operação Condor, consistiu como prática comum entre os Estados do Cone Sul da América Latina a cooperação para prisão de agentes tidos como subversivos.

Ademais, SILVA (2014) pontua que a articulação a partir de operações internacionais das ditaduras latino americanas, dentre os diversos órgãos de inteligência e das polícias, acarretavam no sequestro e desaparecimentos forçados de exilados políticos e refugiados por parte de agentes estatais. Destaca-se, em oportuno, que SILVA (2014) aponta que esses atos de cooperação bilaterais e multilaterais não se iniciaram com a Operação Condor e não se restringiam a mesma, apresentando operações paralelas e muitas missões dentro da mesma, ou seja, não representava ato isolado.

Em oportuno, destaca-se que as reiteradas lesões aos direitos humanos não se limitaram meramente a atuação da Polícia Civil, Militar e do Exército. Destaca-se, que existem sólidas evidências quanto a inércia por parte do poder judiciário em coibir e combater a prática de tortura e desaparecimento forçado praticado pelos órgãos coercitivos supramencionados.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO (1985) elucida que em significativos números de processos, havia a denúncia do emprego de tortura para extração de confissões ou para reconhecimento de fatos, pessoas ou locais. O autor acrescenta mediante a ciência das referidas denúncias, em grande número de casos, sequer era aberto inquérito administrativo para apurar possíveis abusos por parte de forças policiais.

Em mesma linha salienta GASPARI (2002), o qual afirma que somente mediante a adoção de uma postura inerte e omissa por parte do sistema judiciário seria possível prosseguir-se, por tanto tempo, com a adoção de tais práticas.

Para funcionar, o porão expande-se além das fronteiras da sua clandestinidade. Ele precisa de diretores de hospitais, médicos e legistas dispostos a receber presos fisicamente destruídos, fraudar autos de corpo de delito e autópsias” (Gaspari, 2002, p. 29)

Assim, conforme disposto anteriormente, comprova-se que a submissão por parte do poder executiva a uma lógica punitivista, a qual possuía como exclusiva finalidade a legalização de uma guerra surda.

¹⁰ À Sombra das Ditaduras (Brasil e América Latina) - Texto: Trocas de informações e transferências extrajudiciárias entre as ditaduras militares na América do Sul (Jussamar da Silva)

3. O “GRANDE PACTO”



Charge de Carlos Latuff: Lei de Anistia (2014)

Mediante o quadro generalizado de desrespeito direitos e garantias individuais, bem como pela constante censura, aliado a um quadro de constante queda do crescimento econômico do país, a cúpula do governo militar viu-se pressionada a promover o início da abertura política, conforme delimita FAUSTO (2015). Todavia, esta, conforme preleciona Boris, foi fortemente influenciada pelo alto escalão da cúpula governamental do regime militar, a qual objetivava a consolidação de um modelo de transição política “lento, gradual e seguro” (FAUSTO, 2008, p.489)

Diante o presente fato, em 1979 foi sancionada a Lei n. 6.683, popularmente denominada de Lei de Anistia, fruto está de anos de mobilização contra a perseguição e repressão política imposta pelo regime militar, conforme mencionado por ROSITO e DAMO (2014). Para ABRÃO e TORELLY (2014) a supradita norma se constitui como principal marca para o período de redemocratização, haja visto que permitiu

Esta, por meio de seu Art. 1º, caput, delimita a concessão de anistia criminal a todos os presos e exilados que tivessem seu processo/inquérito correlacionados a crimes de natureza

política e correlatos a estes, isto é, crimes previstos nas Leis de Segurança Nacional, previamente já elucidadas, desde que não processados por terrorismo¹¹.

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

Contudo, cumpre destacar que, conforme se infere pelo supramencionado trecho, a referida anistia estende-se, de forma similar, aos agentes públicos, militares. Assim, depreende-se que a supradita lei ordinária institui mecanismo de despenalização não apenas aos presos e perseguidos políticos. De mesmo modo anistiou agentes que cometeram os crimes de tortura e desaparecimento forçado, acarretando na denominada “dupla anistia”, ABRÃO; TORELLY, (2014).

Esta, conforme delimita ABRÃO e TORELLY (2014), caracterizou-se pela delimitação de uma anistia “ampla, geral e irrestrita”, instituindo-se quadro de permanente impossibilidade de perseguição penal por parte do Estado aos agentes que cometeram crimes contra a humanidade.

Nesta linha, ABRÃO e TORELLY (2014) denunciam a distorção do conceito de anistia na norma anteriormente aludida, a qual caracteriza-se pela apropriação, por parte do governo ditatorial, do conceito de anistia com finalidade de reestabelecimento de liberdades e garantias individuais para a criação de um instituto que visava a impunidade e esquecimento dos crimes praticados.

O conceito de anistia enquanto “impunidade e esquecimento” defendido pelo regime militar e seus apoiadores seguiu estanque ao longo dos últimos anos, passando por atualizações jurisprudenciais. Por outro lado, o conceito de anistia defendido pela sociedade civil na década de 1970, anistia enquanto “liberdade”, seguiu desenvolvendo-se durante a democratização, consolidando-se na ideia de anistia enquanto “reparação” constitucionalizada no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988. (ABRÃO; TORELLY, 2014, p. 64)

Mediante o exposto, resta clarividente o anseio por parte do governo civil militar de instituir mecanismos de não responsabilização, tendo sido a Lei n. 6.683/79 o principal ponto

¹¹ Lei n. 6.683/79 Art. 1

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal

de sustentação do regime ditatorial para a efetivação da transição gradual e segura anteriormente exposta. Deste modo, depreende-se do exposto que a outorga da supradita norma se constitui como um pacto assecuratório aos militares de não persecução penal.

A referida afirmação sustenta-se pela análise do próprio processo de aprovação legislativa da referida lei ordinária. Esta, conforme delimita ABRÃO e TORELLY (2014) decorrem do próprio quadro de composição política do Congresso Nacional, o qual, em decorrência da edição do pacote de abril, teve sua composição alterada pela criação da figura do senador biônico, comprometendo a legitimidade da votação.

Este, conforme elucida FAUSTO (2015) consistia na figura de um parlamentar eleito por voto indireto, o qual deveria ser escolhido pela maioria de um colégio eleitora. A figura do supradito senador possuía como intuito evitar que o partido de oposição consentida, denominado Movimento Democrático Brasileiro -MDB, conseguisse maioria de cadeiras no Congresso Nacional. Diante o quadro, e ao se observar diferença de apenas 5 votos para aprovação do projeto de lei de anistia apresentado pelo ARENA, partido vinculado ao governo militar, pode-se concluir quanto a deslegitimidade do referido pleito no que tange a despenalização dos crimes contra a humanidade cometidos por agentes estatais.

Primeiramente, relacionadas ao déficit de legitimidade do suposto acordo. Como já referido, o espectro de liberdade e de representação política do Congresso Nacional em agosto de 1979 era significativamente restrito. Nem todos os parlamentares eram efetivamente eleitos pelo voto direto do cidadão. Esse dado histórico é ainda mais relevante quando se verifica a apertada maioria que permitiu a vitória do projeto de lei do governo (apenas cinco votos). Ou seja: no Parlamento não houve um acordo, mas sim a disputa entre dois projetos de anistia, decidida por uma pequena diferença. Em segundo lugar, não se pode olvidar que ao falar-se de “oposição livre” em 1979, falamos na prática de uma “oposição consentida”.

Outrossim, a que se destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao proferir sentença no caso Herzog e Outros vs. Brasil, fixou entendimento que a manutenção dos efeitos da Lei n. 6.683/79 aos crimes contra a humanidade constituem-se como método de descumprimento das obrigações internacionais pactuadas pelo país, no que tange os direitos humanos.

175. (...) torna ineficaz a obrigação dos Estados de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção Americana e de garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, sem discriminação de nenhuma natureza. (Sentença de Mério. Herzog e Outros vs. Brasil)

Assim, vislumbra-se latente inversão de valores por do governo militar na outorga Lei n. 6.683/79, o qual apropriou-se de luta histórica de significativa parcela da população civil para assegurar inimizabilidade dos crimes cometidos, representando, deste modo, fim incompleto do regime autoritário brasileiro. Assim, denota-se pelo referido postulado, bem como mediante o posicionamento da CIDH, a necessidade de revisão imediata da referida norma, afim de assegurar que os conchaves repressivos não obstaculizem a responsabilização dos crimes contra a humanidade cometidos neste período.

3.1 Da inadmissibilidade de concessão de anistia ampla e irrestrita

A supradita necessidade de responsabilização insurge mediante a subscrição, por parte do Estado Brasileiro, de inúmeros tratados de direitos humanos, conferindo-se destaque, inicialmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969)¹². Lança-se mão dos referidos tratados, preliminarmente, pela data de adesão destes, uma vez que ambos foram assinados sem cláusula de reserva¹³ pelo Estado Brasileiro em ínterim pretérito a lei de anistia, sendo esses nas datas de 1948¹⁴ e 1969¹⁵, respectivamente.

Isto posto, nota-se que os referidos diplomas normativos se encontravam em plena vigência na data de consumação dos crimes contra a humanidade ocorridos durante a Ditadura Militar.

Deste modo, ao se observar que os crimes de tortura e desaparecimento forçado constituíam-se não apenas como recorrentes em nosso país, mas como prática sistêmica de combate ao subversivo, conforme disposto no 2 capítulo, resta nítida a impossibilidade de extensão de anistia ao referidos delitos internacionais por responsabilização Estatal por ação e omissão. Quanto ao tema, discorre ACCIOLY (1996) que a responsabilização do Estado repousa nos limites em que este se vincula a determinado tratado ou convenção internacional, o qual suscita o mesmo a cumprir integralmente as responsabilidades dispostas no tratado.

¹² A que se destacar que a referida Convenção foi subscrita pelo Estado Brasileiro à data de sua assinatura.

¹³ CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. Art. 2. 1. Para os fins da presente Convenção: d) “reserva” significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado;

¹⁴ Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acessado em 20 de setembro de 2019.

¹⁵ A que se destacar que a referida Convenção foi subscrita pelo Estado Brasileiro à data de sua assinatura.

Por conseguinte, sublinha-se a impossibilidade de adoção de medidas legislativas ou por parte do governo executivo que acarretem no descumprimento parcial ou integral das disposições dos tratados internacionais anteriormente aludidos, vide Art. XXX da DUDH:

Artigo XXX - Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

Diante as supraditas delimitações, vislumbra-se clarividente lesão por parte do Estado Brasileiro de norma expressa de caráter auto executório¹⁶. Conforme delimita-se no Art. V do referido tratado, há expressa proibição a prática de tortura ou de emprego de métodos degradantes, o qual vincula não apenas sujeitos, mas, de mesma forma, os Estados Signatários do referido acordo mundial.

Artigo V Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Para além da desautorização a prática de tortura, pode-se, por interpretação extensiva dos Art. IX e XIII da DUDH, destacar-se a impossibilidade de sequestro e manutenção de cárcere ilegal, por parte dos agentes estatais, o qual pode caracterizar desaparecimento forçado.

Artigo IX Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.
Artigo XIII 1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

Conforme dispõe os referidos artigos, a garantia ao direito de locomoção e procedimento legal de detenção constituem-se como poder-dever do Estado, tendo este o encargo de zelar pelo cumprimento dos mecanismos legais de investigação e instauração inquérito de investigados. Todavia, o referido encargo Estatal não apresentou correspondência para com a realidade vivenciada no período militar, uma vez que, nos termos do subtópico 2.3, era de recorrência notória o sequestro de cidadãos para interrogatórios em repartições militares e dependências de casas de torturas clandestinas, vide “Casa de Petrópolis”.

Faz necessário explicitar, ainda, quanto à disposição expressa por parte do Artigo VIII da DUDH, o qual institui o dever por parte do estado de assegurar remédio normativo competente ao combate a lesão a direito tutelado pelo tratado.

¹⁶ (...) atos dessa natureza – que incluem decisões sobre o funcionamento dos órgãos e em matéria financeira, como decisões sobre orçamento e contribuição dos Estados-membros – seriam atos obrigatórios por excelência, vinculando indubitavelmente a todos os membros da OI. Conf: (BENJAMIN, Daniela Arruda. **A aplicação dos atos de organizações internacionais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: FUNAG, 2014)

Artigo VIII Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Entretanto, vislumbra-se, pela caracterização do TSM enquanto mecanismo de aporte legal ao aparato repressivo, bem como sua omissão ante inúmeras denúncias de práticas recorrentes de tortura e de desaparecimento de presos e civis, vide capítulo 2, o completo descumprimento da apreciação jurisdicional dos ilícitos lesa-humanidade, tendo este condão de afastar eficácia plena da Lei de Anistia.

Ademais, faz-se necessário sublinhar que, para além das disposições normativas elencadas pela DUDH, pode-se afirmar lesão a normas de direitos internacional, por parte do Estado Brasileiro, mediante descumprimento de costume internacional. Consoante com a inafastabilidade jurisdicional quanto aos crimes contra a humanidade do Tribunal de Nuremberg, elenca-se que a referida corte militar internacional estabeleceu como precedente a condição de crime contra a humanidade a prática de tortura.

Outrossim, mister destacar que os princípios e regras estabelecidos por meio de costume internacional vinculam juridicamente os Estados. Este decorre de expressa previsão quanto a referida condição decorrente da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), a qual institui por meio de seu Art. 53 a aplicabilidade de normas de natureza de *jus cogens*¹⁷.

Deste modo, institui o supradito artigo que as normas de características de Normas Gerais de Direito Internacional gozam de auto executoriedade, sendo passíveis de vinculação da comunidade internacional, salvo se revogadas por tratados ou convenções internacionais.

Artigo 53

*Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)*

*É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. **Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo,** como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (Grifo nosso)*

Assim, mediante o consenso por parte da comunidade internacional quanto a taxatividade do impedimento da prática de tortura praticado por agentes estatais, decorrente dos precedentes adotados pelo Tribunal de Nuremberg, resta clarividente a vinculação por parte dos

¹⁷ VARELLA (2012) conceitua o instituto de *jus cogens* como normas de direito internacional de consagrada relevância, a qual encontra-se incorporada em significativo número de tratados e convenção. Deste modo, segundo o autor, por sua relevância, estas normas são oponíveis a outros Estados, mesmo mediante ausência de previsão quanto ao referido instituto em seus respectivos ordenamentos jurídicos, vide VARELLA (2012).

Estados-signatários da supramencionada convenção a tal restrição. Deste modo, mesmo na hipótese de omissão legislativa interna ou da falta de regulamentação por parte do Direito Internacional, as normas de *jus cogens* já teriam o condão de sujeitar o Estado Brasileiro aos referidos impedimentos.

Cumpra destacar, de mesmo modo, que as disposições quanto a vinculação do Estado Brasileiro aos costumes internacionais enquanto normas auto executivas também se aplicam aos crimes de desaparecimento forçado.

Diante a presente vinculação penal do fato, resta clarividente a tipificação dos atos de tortura e desaparecimento forçado enquanto crimes contra a humanidade, passíveis das sanções cabíveis, contemporaneamente aos crimes consumados à época.

Faz-se necessário destacar, ainda, quanto ao caráter de superioridade legal por parte de tratados de internacionais ante normas de direito interno, fato este que corrobora com os postulados de vigência integral dos tratados dispostos no presente capítulo. A referida afirmação sustenta-se por sólido posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a primazia das disposições de tratados internacionais ante normas de direito interno, vide Recurso Extraordinário 460.320/PR.

O aludido Recurso Extraordinário apresenta em seu escopo argumentativo a delimitação da adoção da superioridade legal por parte de tratados a partir da Constituição de 1891. Conforme afirma o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, no conhecimento da Extradução n. 7 de 1914 a Corte Constitucional anulou julgamento anterior, afastando, deste modo, aplicação da Lei n. 2.416/11, sob fundamento de efetivação das disposições presentes no Tratado de Extradução pactuado entre o governo brasileiro e alemão.

Posteriormente, o referido ministro elucida que supramencionado posicionamento do é STF são reafirmado na vigência da Constituição de 1937, tendo, assim, característica de orientação jurisprudencial durante grande parte do século XX:

Em matéria tributária, especificamente, a preponderância das normas internacionais sobre normas internas infraconstitucionais já foi admitida por este STF na vigência da Constituição de 1937, nos termos da Apelação Cível 7.872/RS, Rel. Min. Philadelpho de Azevedo, julgada em 11.10.1943. Na oportunidade, a Corte manteve afastada a aplicação do imposto adicional de 10% criado pelo Decreto nº 24.343, de 5.6.1934, em privilégio das disposições de tratado entre o Brasil e o Uruguai, firmado em 25.8.1933 e promulgado pelo Decreto nº 23.710, de 9.1.1934. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 460.320. Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, 22 de novembro de 2006)

Destarte, depreende-se dos referidos axiomas que os supraditos tratados internacionais, além de encontrarem-se integralmente vigentes durante o Regime Militar brasileiro, encontravam-se, de mesmo modo, em posição hierárquica normativa superior as demais legislações infraconstitucionais. Portanto, tem-se que os Atos Institucionais e leis específicas para tipificação de crimes contra a segurança nacional somente seriam recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio mediante a não-lesão dos preceitos dos supraditos tratados, fato este que não corrobora com a realidade descrita.

Para além dos tratados internacionais subscritos à época da Ditadura, mister delimitar que posteriormente a derrocada de significativo número de Ditaduras na América Latina, foram ratificados tratados específicos quanto ao não repetição dos crimes contra a Humanidade, bem como institui a necessidade de persecução penal dos supraditos tipos penais internacionais.

Nesta linha, destaca-se, inicialmente, a ratificação por parte do Estado Brasileiro da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985). A presente convenção foi subscrita pelo país no ano de 1989 e internalizada por meio do Decreto n. 98.386/89.

Tem-se, por meio do Art. 1º da presente convenção a imputação do Estados-Signatário ao dever de apurar possíveis práticas de tortura, a qual dever abranger medidas que levem a efetiva punição dos agentes que incorrerem no supramencionado delito, vide Art. 6º:

Artigo 6º Em conformidade com o disposto no "artigo 1º", os Estados Membros tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição. Os Estados Membros assegurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu Direito Penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade. Os Estados Membros obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.

No tocante ao aludido tipo penal lança-se mão dos postulados presentes na Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos Ou Degradantes (1984). A referida convenção, reforça, por meio de seu Art. 10º, o dever por parte dos Estados que subscreveram a presente norma internacional de promoverem ações penais para averiguarem e punirem os delitos de tortura praticados em sua jurisdição.

ARTIGO 10.º Se da investigação a que se referem os artigos 8.º ou 9.º resultar que foi cometido um acto de tortura tal como definido no artigo 1.º, haverá lugar a procedimento penal contra o suposto culpado ou culpados, em conformidade com a legislação nacional. Se se considerar fundada uma alegação de outras formas de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, o suposto culpado ou culpados serão submetidos a

procedimentos penais, disciplinares ou outros procedimentos adequados. (Grifo nosso)

Ademais, cumpre destacar que, por meio do Decreto n. 6.085/07, institui-se a obrigatoriedade por parte do Estado brasileiro do cumprimento integral das disposições do referido tratado, vide:

*Art. 1º: O Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em Nova York em 18 de dezembro de 2002, apenso por cópia ao presente Decreto, **será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.** (Grifo nosso)*

Para além das disposições quanto ao crime de tortura, frisa-se extensa legislação quanto a proibição e punição do tipo penal internacional Desaparecimento Forçado. Este encontra respaldo na Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados (1992)¹⁸, o qual apresenta expressa previsão quanto a impossibilidade de edição de normas que tenha como objeto a concessão de anistia ou obstaculização a persecução penal do supradito tipo penal, conforme delimita o Art. 18:

Artigo 18 1. Os autores ou supostos autores dos atos previstos no parágrafo 1 do artigo 4 não se beneficiarão de nenhuma lei de anistia especial e outras medidas análogas que tenham por fim exonerá-los de qualquer procedimento ou sanção penal.

Outrossim, sublinha-se que os pressupostos de responsabilização de agentes públicos pelo desaparecimento forçado também encontram respaldo na adesão a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (2006)¹⁹ por parte do Estado Brasileiro. Esta possui expressa previsão quanto a responsabilidade por parte do Estado de promover a efetiva punição dos agentes que incorrerem na prática do crime de Desaparecimento forçado, vide:

Artigo II

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a:

¹⁸ Incorporado ao Direito Interno por meio do Decreto n. 8.767/16

¹⁹ Internalizada ao direito interno brasileiro pelo Decreto n. 8.766/16

a. não praticar, nem permitir, nem tolerar o desaparecimento forçado de pessoas, nem mesmo em estado de emergência, exceção ou suspensão de garantias individuais;

b. punir, no âmbito de sua jurisdição, os autores, cúmplices e encobridores do delito do desaparecimento forçado de pessoas, bem como da tentativa de prática do mesmo; (Grifo nosso)

Complementarmente, faz- necessário destacar a subscrição por parte do Estado brasileiro da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (1985)²⁰. A referida declaração, por meio de seu de seu Art. 3 estabelece a necessidade de adoção de medidas de apuração e punição de abuso de autoridade adotadas pelos Estados-Membros do referido documento.

3. *Adota a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, que consta em anexo à Presente resolução, e que visa ajudar os Governos e a comunidade internacional nos esforços desenvolvidos, no sentido de fazer justiça às vítimas da criminalidade e de abuso de poder e no sentido de lhes propor necessária assistência;* (Grifo nosso)

Complementarmente estabelece a referida norma internacional o dever por parte dos Estado-Signatários do exame de compatibilidade de suas legislações, afim de instituírem ordenamento jurídico que permita a efetivação dos preceitos presente na supradita Declaração. Deste modo, nos termos do Art. 4 do presente tratado internacional os Estados comprometem-se a eliminarem entraves normativos afim de satisfação plena da investigação, persecução e condenação dos agentes que incorrerem na prática de abuso de autoridade.

4. *Solicita aos Estados membros que tomem as medidas necessárias para tornar efetivas as disposições da Declaração e que, a fim de reduzir a vitimização, a que se faz referência daqui em diante, se empenhem em:*

c) Examinar regularmente a legislação e as práticas existentes, a fim de assegurar a respectiva adaptação à evolução das situações, e adotar e aplicar legislação que proíba atos contrários às normas internacionalmente reconhecidas no âmbito dos direitos do homem, do comportamento das empresas e de outros atos de abuso de poder) d) *Estabelecer e reforçar os meios necessários à investigação, à prossecução e à condenação dos culpados prática de crimes;* (Grifo nosso)

Assim, depreende-se por meio da análise das normas acima referenciadas a convergência por parte do sistema de proteção aos direitos humanos americano aos postulados decorrentes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no que tange a proteção e responsabilização dos delitos lesa-humanidade.

²⁰ Incorporada ao ordenamento pátrio por meio da Lei n. 1.418/10

Diante o presente fato, resta clarividente a necessidade de adoção por parte do Estado Brasileiro de medidas que viabilizem a persecução penal aos agentes públicos e militares que incorreram na prática de crimes contra a humanidade durante a Ditadura Militar.

3.2 Justiça de Transição

Mediante a análise dos supraditos tratados sobre direitos humanos vislumbra-se clarividente conflito positivo de norma, uma vez que resta comprovada a obrigação jurídica por parte do Estado brasileiro de assegurar a não ocorrência de crimes contra a humanidade, bem como imputar sanção aos autores em caso de inobservância do mesmo. Ademais, a que se destacar que o endosso por parte do poder legislativo e judiciário acarreta na manutenção de norma visivelmente autoritária, a qual, conforme exposto ao longo do 2 capítulo, viabilizou e conferiu sustentáculo a Estado autoritário.

Deste modo o país não apenas descumpre com normas de pactuadas pelo mesmo, como também confere sobreposição normativa jurídica a norma hierarquicamente inferior a tratados internacionais. Nesta linha, resgatando conceito de Agamben, o Brasil permite a incorporação em seu ordenamento democrático de norma que se caracteriza como instrumento de viabilidade a ordem jurídica pautada pela supressão de direito individual em prol de “interesse superior”, isto é, de um sistema de exceção.

Diante o presente quadro, nota-se uma transição incompleta entre modelo ditatorial para Estado Democrático de Direito, haja vista a permissão de resquícios de instrumentos autoritários em um ordenamento pautado pela integral proteção do indivíduo, vide Art. 1º, III da Constituição Federal.

Ademais, destaca-se que a referida escusa agrava-se ao se observar que ocorria em significativo número de casos, tortura e desaparecimento de pessoas, por parte de agentes estatais, aos quais sequer existia abertura de inquérito policial, vide normativa quanto ao caráter de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, vide 2 capítulo. Dessarte, diante o quadro de incompatibilidade material da Lei de Anistia, insurge vital importância da instituição de modelo de redemocratização alinhado ao paradigma de Justiça de Transição.

Paul Van Zyl afirma que o referido modelo se constitui como “esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos” (PAUL VAN ZYL, 2011, p. 47).

Quanto ao tema destaca-se que, conforme delimita MEZAROBBA (2009), o conceito de justiça de transição foi cunhado inicialmente após a derrocada do regime nazista na

Alemanha. A autor explicita que o referido conceito surge após a instauração do “Tribunal Militar Internacional vs. Hermann Göring et al.”, popularmente denominado de Tribunal de Nuremberg. MEZAROBBA (2009)

RODRIGUES e BOLONHA (2014) enfatizam o pioneirismo na supressão de normas de direito interno, a qual decorre da anulação de significativa parte do ordenamento jurídico nazista ante a ocorrência generalizada de crimes contra a humanidade. SANTOS (2014) explicita, de mesmo modo, que o conceito inicial de Justiça Transicional se vinculava a forte carga internacionalista e punitivista, uma vez que os ordenamentos jurídicos à época pautavam-se fortemente sobre os princípios do positivismo jurídico.

Assim, mediante a valoração dos princípios e normas do direito internacional, amparados no valor da dignidade da pessoa humana, tinha-se a vinculação penal do agente infrator, SANTOS (2014). Contudo, o escritor discorre que atualmente houve uma mudança do paradigma de Justiça de Transição, a qual deve ser entendida como a instituição de “variadas políticas e medidas de transição.” (SOUZA, 2014, p.17)

Nesta linha, QUINALHA (2012) elucida que o conceito de Justiça Transicional pode ser definido, contemporaneamente, como um paradigma de justiça adaptado a sociedades que vivenciaram situações de extrema violência e conflito, tendo está acarretado na desestabilização de política e social do país.

A justiça de transição não é uma forma especial de justiça, mas a justiça adaptada a sociedades em transformação após um período de profundos abusos contra os direitos humanos. Em alguns casos, essas transformações acontecem repentinamente; em outras, elas podem ocorrer ao longo de muitas décadas.²¹

Outrossim, o autor elucida que o referido instituto se trata de processo de ordenamento histórico, a qual busca “aliar imperativos de justiça com condições extremamente adversas.” (QUINALHA, 2012, p. 84.)

WEICHERT (2008), discorre que este modelo de adaptação socio-estatal se funde em sistemática de modelo de dupla finalidade. Esta, conforme delimitam os autores possuem, concomitantemente, o condão de reparar os danos causados as vítimas da repressão militar, bem como busca o esclarecimento e punição dos crimes lesa humanidade.

A justiça de transição engloba alguns pilares ou dimensões que refletem as obrigações do Estado no processo de transição política. Essas obrigações, por seu turno, encontram-se calcadas em quatro princípios básicos e

²¹ International Center for Transitional Justice (ICTJ). What is Transitional Justice? Disponível em: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf> Acesso em 27/10/2019

indispensáveis ao contexto transicional, a saber: o princípio da verdade, compreendido tanto do ponto de vista histórico, através das comissões da verdade, quanto judicial, mediante a investigação das instituições; o princípio da justiça, que consiste na realização da justiça por intermédio da responsabilização dos violadores de direitos humanos; o princípio da reparação, materializado na reparação dos danos às vítimas; o princípio da não-repetição: inibição, pela valorização da verdade e da reparação, de novas violações de direitos humanos, cometidas sob influência da impunidade e cultura do segredo. (SANTOS, 2014, p. 145)

Assim, destaca-se que o atual paradigma de Justiça de Transição baseia-se nos princípios de efetiva reparação das vítimas, introdução de métodos de apuração dos fatos, bem como incluir garantias de não repetição, nos termos da Resolução n. 60/147 da ONU.

Para além da necessidade viabilização da responsabilidade penal, insurge, mediante a aplicação dos princípios da justiça de transição, a necessidade de aplicação plena dos dispositivos penais internacionais. Quanto ao tema, denota-se pacífica a possibilidade de vinculação de agentes públicos que tenha cometido crimes contra a humanidade mediante relação de subordinação.

Nesta linha, destaca-se sólido posicionamento por parte da comunidade internacional decorrente da possibilidade de imputação de pena ao agente subordinado ou superior hierárquico, vide Art. 7º e 8º do Acordo de Londres:

Art. 7ª “A posição oficial de réu, seja como chefe de Estado ou como oficial responsável pelo aparato governamental, não será considerada como fator a excluir a responsabilidade ou reduzir a punição”

Art. 8ª “O fato do réu agir em obediência a ordem de seu Governo ou de seu superior não afasta sua responsabilidade, mas pode ser considerado para atenuar sua punição, se o Tribunal entender que a justiça assim requer.

Acrescenta-se, em oportuno, que as referidas disposições de ausência de restrição a imputação de agentes mediante nível hierárquico são corroboradas Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985) e Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados (1992), os quais apresentam expressa disposição quanto a temática nos artigos 5º e 6º, respectivamente, bem como pelo Art. 27 do Estatuto de Roma (1998):

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR E PUNIR A TORTURA

Artigo 5º Não se invocará nem admitirá como justificativa do delito de tortura a existência de circunstâncias tais como o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de sítio ou de emergência, a comoção ou conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna, ou outras emergências ou calamidades públicas. Nem a periculosidade do delito

ou condenado, nem a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário podem justificar a tortura.

DECLARAÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO DE TODAS AS PESSOAS CONTRA OS DESAPARECIMENTOS FORÇADOS

Artigo 6

1. Nenhuma ordem ou instrução de uma autoridade pública, seja esta civil, militar ou de outra índole, poderá ser invocada para justificar um desaparecimento forçado. Toda pessoa que receber tal ordem ou instrução tem o direito e o dever de não obedecê-la.

ESTATUTO DE ROMA

Artigo 27 Irrelevância da Qualidade Oficial 1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena.

Ademais, a que se delimitar que a responsabilização supramencionada independe do decurso temporal, uma vez que, nos termos do Art. 29 do Estatuto de Roma, os mesmos constituem-se como imprescritíveis.

Artigo 29

Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

BASSIOUNI (apud BRASIL, 2014)²², em consonância com o supramencionado artigo, explana que a punibilidade do autor independe da data da consumação do fato ou do local de seu cometimento. Averiguada competência jurisdicional, faz-se necessária a responsabilização do agente mediante crime internacional, haja visto o caráter de supranacionalidade dos aludidos delitos.

O presente posicionamento encontra respaldo no posicionamento jurisprudencial por parte do STF, o qual, mediante o conhecimento da Extradicação 1.150, fixou entendimento da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade praticado por Estados Totalitários, vide:

Em relação ao sequestro não há que se falar em prescrição, pois se trata de crime permanente tanto no Brasil como na Argentina. Nesse caso, o resultado delituoso se protraí no tempo enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade e o prazo prescricional só terá início após a interrupção da ação do agente.

²² BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer. Prisão preventiva para extradição nº 696. Requerente: Republica Argentina. Requerido: Manuel Alfredo Montenegro. Relator Ministro Gilmar Mendes. 2014

Deste modo, conforme delimita RAMOS (2012), para melhor defesa dos direitos humanos faz-se necessário a aplicação imediata das normas e princípio dispostos em tratados e convenção internacionais, tendo os preceitos anteriormente aludidos papel singular para sua efetivação.

3.3 Jurisprudência Corte Inter Americana de Direitos Humanos

Para além das referidas previsões normativas, dispostas anteriormente, destaca-se sólido posicionamento jurídico por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a inafastabilidade jurisdicional dos crimes de tortura e desaparecimento forçados praticados durante a Ditadura Civil Militar.

Inicialmente, a que se destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mediante exaurimento de sentença no Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras ressaltou o dever por parte dos Estados-Signatários do CADH de no que tange os crimes contra a humanidade. Este, conforme delimita a supradita sentença, constitui-se, destarte, como descumprimento do dever de exercício de jurisdição interna, a qual acarreta, na lesão ao princípio da tutela jurisdicional, disposto pelo Art. 4º, 1.1 da CADH:

174. Essa conclusão é independente de que o órgão ou funcionário tenha atuado em contravenção de disposições do direito interno ou ultrapassado os limites de sua própria competência, uma vez que é um princípio de Direito Internacional que o Estado responde pelos atos de seus agentes realizados ao amparo de seu caráter oficial e pelas omissões dos mesmos ainda se atuarem fora dos limites de sua competência ou em violação do direito interno.

(...)

176. O Estado está, por outra parte, obrigado a investigar toda situação na qual tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado atua de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça, enquanto seja possível, à vítima a plenitude de seus direitos, pode afirmar-se que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição. (Sentença de Mérito. Velásquez vs. Honduras)

De forma complementar, o supradito órgão de jurisdição internacional delimita que a referida vinculação estatal se constitui como obrigação positiva por parte de Estado-Signatário, sendo esta norma indisponibilidade, conforme delimita o Tópico 138 da sentença proferida no Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Destarte, mediante o

recebimento de denúncia de prática de crime contra a humanidade, deve o Estado “iniciar, ex officio e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva”²³.

Ademais, cumpre destacar-se, no que tange a prática do tipo penal desaparecimento forçado, a vinculação por parte do Estado do dever de promover a apuração e posterior punição dos agentes responsáveis pela prática do desaparecimento forçado, enquanto a vítima se encontrar desaparecida. Este decorre do estado de permanente lesão a direito enquanto perdura o quadro de ocultação da vítima, vide tópico 155 sentença *Velásquez vs. Honduras*.

181. O dever de investigar fatos deste gênero subsiste enquanto se mantenha a incerteza sobre o destino final da pessoa desaparecida. Inclusive quando circunstâncias legítimas da ordem jurídica interna não permitissem aplicar as sanções correspondentes aos que sejam individualmente responsáveis por delitos desta natureza, o direito dos familiares da vítima de conhecer qual foi o destino desta e, se for o caso, onde se encontram seus restos, representa uma justa expectativa que o Estado deve satisfazer com os meios a seu alcance. (Sentença de Mérito. *Velásquez vs. Honduras*)

Em mesma linha sublinha-se sólido posicionamento por parte da CIDH no que tange a ilicitude dos abusos de poder praticados pelo poder público. Diante o presente quadro, estipula o referido órgão de jurisdição internacional que o emprego, por parte do Estado, de práticas tidas como abusivas resta configurado lesão as disposições decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos.

169. De acordo com o artigo 1.1, é ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, em toda circunstância na qual um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lese indevidamente um direito, se está perante uma hipótese de inobservância do dever de respeito consagrado nesse artigo. (Sentença de Mérito. *Herzog e Outros vs. Brasil*)

De forma complementar-se, dispõe a referida Tribunal Internacional que a lesão passível de punição por parte do Estado independe de expressa previsão em normas de Direito Internacional. Assim, mesmo nas hipóteses que o direito lesado decorra exclusivamente de normas de direito interno, resta configurado lesão aos princípios dispostos pelo ordenamento americano de proteção aos direitos humanos.

170. Essa conclusão é independente de que o órgão ou funcionário tenha atuado em contravenção de disposições do direito interno ou ultrapassado os limites de sua própria competência, uma vez que é um princípio de Direito Internacional que o Estado responde pelos atos de seus agentes realizados ao amparo de seu caráter oficial e pelas omissões dos mesmos ainda se atuarem

²³ Sentença *Gomes Lund e Outros vs. Brasil*, tópico 138, p. 51

fora dos limites de sua competência ou em violação do direito interno.
(Senteça de Mério. Herzog e Outros vs. Brasil)

Diante o presente quadro, mesmo na hipótese de ausência de previsão normativa ao combate a tortura ou ao desaparecimento forçado via tratado ou convenção internacional, a presença do tipo penal presente em tratado internacional, conforme Art. V da DUDH, já teria o condão de levar a responsabilização do Estado Brasileiro.

Supletivamente ao dever de apuração penal nos casos omissos, o supramencionado órgão jurisdicional estende o dever de investigação e instauração de processos quanto aos tipos penais objeto do presente estudo. Este, nos termos dos tópicos 174 da sentença proferida no Caso Herzog e Outros vs. Brasil institui a anulabilidade de sentenças e decisões proferidas por juízes militares no que envolvem processos que tenham por objeto os crimes de Tortura e Desaparecimento Forçado.

Este, nos termos da referida sentença decorre de contundentes provas de interferência por parte do referido órgão jurisdicional para o deslinde da lide. Assim, conforme expõe a CIDH, tem-se, em significativo número de casos, que a membros da Justiça Militar atuaram com finalidade de ocultar dos responsáveis pelos crimes.

174 (...) Em virtude disso, a Comissão considerou que as autoridades jurisdicionais que participaram da investigação da detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog impediram a identificação, julgamento e eventual punição dos responsáveis, e não exerceram o devido controle de convencionalidade a que estavam obrigadas após a ratificação da Convenção Americana, em conformidade com as obrigações internacionais do Brasil decorrentes do Direito Internacional. (Senteça de Mério. Herzog e Outros vs. Brasil)

Diante o presente fato, estipula o referido Tribunal Internacional que somente mediante apuração dos fatos em órgão jurisdicional distinto dos de competência militar, qual seja a Justiça Federal Comum, poderá se apurar a veracidade dos fatos, bem como haverá validade da referida sentença.

182. Afirmaram que não foi realizada uma investigação efetiva no âmbito penal, porque o único meio idôneo para isso, o processo judicial penal perante a autoridade competente da Justiça Federal Comum, foi obstaculizado pela coisa julgada e pela prescrição, antes inclusive do início efetivo das investigações. A tentativa anterior perante os órgãos que não tinham competência para atuar na causa foi prematuramente frustrada.
(Senteça de Mério. Herzog e Outros vs. Brasil)

De forma complementar, elucida-se que, nos termos dos tópicos 176 e 177 da sentença exaurida no Caso Herzog e Outros vs. Brasil, a CIDH modula os efeitos do dever de revisão

judicial anteriormente descritos. Essa, estabelece como um dos paradigmas da supradita sentença a impossibilidade de arguição da cláusula de *non bis in idem*²⁴ por parte do Estado quando já houver coisa julgada nos casos de processos penais relativos a crime contra a humanidade transcorridos já Justiça Penal Militar.

Complementarmente, estipula-se que esta decorre da imprescritibilidade dos crimes cometidos em estado de guerra no direito internacional, vide:

184. (...) Nesse sentido, afirmaram que o princípio de *ne bis in idem* não é um direito absoluto e é inaplicável quando obedece ao propósito de subtrair do acusado sua responsabilidade penal, ou quando não tenha sido instruído por um juiz independente e imparcial, ou quando não tenha sido realizado com a real intenção de submeter o responsável à ação da justiça. (Sentença de Mério. Herzog e Outros vs. Brasil)

Outrossim, a supramencionada Corte Internacional fixou, ainda, o entendimento que a edição de normas domésticas que levem à despenalização dos crimes contra a humanidade ou que impeçam a persecução penal de tais crimes constituem-se como auto anistia, sendo, deste modo, elididas de nulidade material quanto aos tipos penais objeto do presente estudo, vide:

174. Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil (Sentença de Mérito. Gomes Lund e Outros vs Brasil)

Diante os presentes postulados, tem-se a obrigação por parte do Estado Brasileiro de revisitar, em sede de inquérito e processo penal, todas as denúncias que envolveram os crimes de tortura e desaparecimento forçado, seja pela inexistência de investigação ou mediante vício na apuração do mesmo pela Justiça Penal Militar, conforme disposto anteriormente. Assim, cumpre ao Estado brasileiro realizar controle de convencionalidade para assegurar o integral cumprimento das disposições concernentes ao CADH.

176. Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes.

²⁴ Conforme delimita PRADO (2008, p. 148) o instituto do *ne bis in idem* constitui-se como método de limitação ao poder punitivo do Estado. Nesta linha, o autor estipula que o presente princípio veda dupla punição individual ao indivíduo, acarretando na possibilidade de apenas uma persecução penal.

Por fim, destaca-se que mediante o conhecimento do caso “Almonacid Arellano e Outros contra Governo do Chile” a CIDH fixou o poder-dever dos Estados-Membros de revisitarem suas respectivas leis de anistias. Deste modo, mediante o uso do instituto de controle de convencionalidade devem os países suprimirem a despunibilização no que tange os crimes lesa humanidade. Por fim, frisa-se que a corte de direitos humanos posicionou-se quanto a competência de qualquer juízo para realizar o referido controle, não se limitando, portanto, as respectivas cortes constitucionais.

4. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE



Charge Arquivos da Ditadura (Reprodução Internet)

Perante o presente quadro de incompatibilidade material, mediante sólida posição jurisprudencial por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de extensa legislação pertinente, como abordado no capítulo anterior resta clarividente a obrigação por parte do Estado Brasileiro de revisitar a característica de concessão de anistia ampla, geral e irrestrita.

Mediante a referida vinculação jurídica, surge a possibilidade de arguição de ineficácia material da Lei n. 6.683/79, mediante sua inconstitucionalidade ou inconvenção. Ambos os institutos se constituem como resultado do exame de compatibilidade normativo, o qual constitui-se como o poder-dever concernente ao judiciário de avaliar possíveis conflitos normativos, delimitando qual norma deverá manter-se eficaz ante o ordenamento jurídico.

Esta, conforme dispõe MENDES e BRANCO (2015) pode decorrer de vício formal ou material, o qual se diferencia mediante a inconstitucionalidade referente ao conteúdo da norma ou seu caráter procedimental. Nesta linha, mister delimitar que a presente legislação objeto de impugnação configura-se na primeira modalidade de controle de constitucionalidade, uma vez, MENDES e BRANCO (2015) delimita que este constitui-se como exame de conteúdo subjetivo, isto é, dos preceitos e disposições decorrente da norma.

Por sua vez, destaca MAZZUOLI (2011) que o controle de convencionalidade se constitui como mecanismo de efetivação das normas internacionais, o qual tem como objeto a verificação de compatibilidade das normas de direito doméstico para com os tratados e Convenções Internacionais.

Assim, esclarece MAZZUOLI (2011) que o presente instituto funda duplo grau de análise de fontes, tendo este instituído o dever por parte do Estado brasileiro de estabelecer legislação doméstica compatível para com os preceitos de normas de direito internacional. Deste modo, estabelece o jurista que, mediante conflito positivo de normas, devem as normas de direitos humanos pactuados em tratados e convenções internacionais prevalecerem.

A aplicação desse critério não exclui mutuamente uma ou outra ordem jurídica, mas antes as complementa, fazendo com que a produção do direito doméstico também “escute” o diálogo entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, que se encontram em mesmo pé de igualdade que ela. Em outras palavras, a Constituição não exclui a aplicação dos tratados e nem estes excluem a aplicação dela, mas ambas as normas (Constituição e tratados) se unem para servir de obstáculo à produção normativa doméstica infraconstitucional que viole os preceitos ou a Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte. (MAZZUOLI, 2009, p. 129)

Em oportuno, cumpre salientar que a referida análise de pertinência material não se apresenta como reexame de matéria arguida em sede de controle de constitucionalidade. Mesmo que os supramencionados institutos apresentem-se como versões do mesmo fenômeno, qual seja o exame de validade, estes apresentam normas paradigmas e procedimentos distintos, ROTHENBURG (2010)²⁵.

Por conseguinte, FAVOREU (2009) ²⁶ destaca que uma mesma norma submetida a ambos os métodos de controle legal pode apresentar consequências distintas entre si, subsistindo ambas de maneira válida. Isto é, determinada norma pode ser considerada válida constitucionalmente e inconvencional,

Tem-se que após passar pelo controle de constitucionalidade a norma mesmo continuando vigente, pois sobreviveram a compatibilidade com a constituição, pode vim a ser invalidada no plano jurídico se não for compatível também com os direitos previstos em tratados de direitos humanos que o Brasil é parte, pelo pressuposto de que nem toda lei vigente pode ser considerada uma lei válida (FERRAJOLI, 1999, p. 20-22, apud MAZZUOLI, 2009b, p. 115).

²⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito constitucional. São Paulo: Verbatim, 2010

²⁶ FAVOREU, Louis et al. Droit constitutionnel. 4.ed. Paris: Dalloz, 2001.

Entretanto, a que se pontuar que mesmo apresentando divergências conceituais, ambos os institutos acarretam no mesmo efeito jurídico, qual seja a invalidade das disposições concernentes a norma:

(...) não se deve observar exclusivamente limites formais, senão também materiais, que são constituídos, sobretudo, pelos conteúdos essenciais de cada direito positivado. A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional e inválida; se se trata de lei antinômica anterior à Constituição de 1988 fala-se em não-recepção (ou invalidade); a lei que conflita com o DIDH [Direito Internacional dos Direitos Humanos], pouco importando se anterior ou posterior, também é inválida. Como se vê, qualquer que seja a antinomia entre a lei e as ordens jurídicas superiores (Constituição ou DIDH), tudo se conduz para a invalidade. (GOMES, Luiz Flávio. **Estado Constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 65)

Para SARLET (2015), o referido exame faz-se possível mediante a característica de superioridade hierárquica das normas de direitos humanos disponham sobre direitos humanos. Igno, explicita que, nos termos da prolação de Acórdão na ADPF n. 153, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento do caráter de supra legalidade dos supraditos tratados, mesmo nas hipóteses de mera subscrição por parte do governo executivo, SARLET (2015).

Dessarte, ao firmar tal entendimento, os tratados e convenção subscritos e ratificados pelo Brasil apresentam, automaticamente superioridade hierárquica normativa a legislação infraconstitucional. Portanto, as mesmas podem figurar como parâmetro no exame de pertinência material no que tange a adoção de novas leis, *latu sensu*, ou mesmo da manutenção de eficácia de normas previamente existentes a estas, SARLET (2015).

Deste modo, insurge a necessidade de avaliação da validade da norma ante dois graus de controle, constitucional e convencional, sendo este denominado de Dupla Compatibilidade Vertical Material²⁷. Isto é, determinada norma somente produzirá efeitos se constitucional e compatível com os preceitos de tratados e convenções internacionais.

Portanto, pode-se concluir que mesmo mediante a prolação de Acórdão desfavorável a revogação da anistia aos autores de crimes contra a humanidade, subsiste a possibilidade de responsabilização dos mesmos mediante o controle de convencionalidade da Lei n. 6.683/79.

4.1 ADPF n. 153/2010

²⁷ Vide GOMES, Luiz Flávio. Controle de legalidade, de convencionalidade e de constitucionalidade. Jus Brasil. 2009. Disponível em <http://www.lfg.com.br>

Não obstante ao dever de realizar o controle de, tem-se que este representa uma das hipóteses de averiguação da pertinência temática, o qual pode delimitar determinada norma enquanto inconstitucional, acarretando na nulidade de produção de efeitos da mesma, vide Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2867 e Recurso Extraordinário n. 79.3433/BA.

Essas podem decorrer do abuso do poder de legislar, inconstitucionalidade mediante alteração nas relações fáticas/jurídicas, além da incompatibilidade de normas pré-constitucionais para com os preceitos da Constituição de 1988.

MENDES e BRANCO (2015) estipulam a possibilidade de ocorrência de inconstitucionalidade material mediante a alteração dos pressupostos do ordenamento jurídico, bem como da alteração de sua aplicação fática, a qual a torna incompatível para com os ditames constitucionais, denominada de inconstitucionalidade mediante alteração nas relações fáticas/jurídicas.

Ademais, outra hipótese que pode levar a nulidade da lei mediante o controle de constitucionalidade decorre da incompatibilidade das normas pré-constitucionais para com as normas dispostas na Lei Maior, a qual pode derivar de dissonância principiológica ou por dissonância com norma expressa, MENDES e BRANCO (2015). Deste modo, a presente norma não é recepcionada pelo ordenamento jurídico vigente, perdendo, deste modo, sua vigência total ou parcial.

Ambas as hipóteses supramencionadas poderiam ser questionadas em sede de controle de constitucionalidade para levar a nulidade de anistia aos crimes lesa humanidade cometidos por agentes estatais.

MENDES e BRANCO (2015), explicita, contudo, que nas hipóteses de questionamento de inconstitucionalidade de norma pré-constitucional mediante impossibilidade de recepção pelo novo ordenamento constitucional esta deve ser suscitada por Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, haja vista expressa disposição normativa quanto ao seu cabimento.

Assim, toda vez que se configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição, em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade formular a arguição de descumprimento.

Destarte, em consonância com as disposições anteriores a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) arguiu, em sede de ADPF, nos moldes da segunda hipótese de controle de constitucionalidade disposta anteriormente, incompatibilidade material da Lei n. 6.683/79 para com os princípios democráticos e republicanos, além de lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, mesmo mediante expressa lesão a normas de direito internacional,

anteriores e posteriores à edição da aludida norma infraconstitucional, o STF posicionou-se desfavorável ao referido pleito.

A Corte Constitucional brasileira, deste modo, recepcionou em sua integralidade a Lei de Anistia, sob alegação de que a anistia, concedida a época da ditadura, não pode ser reescrita pelo Judiciário com base em realidade diferente, como a que se vive atualmente. Delimita, ainda, o STF que os efeitos jurídicos decorrentes do instituto são próprios de momento histórico vivenciado a época, não apresentando lesão expressa a direitos consagrados na Constituição, como suscitado pela Autora em sede de exordial, vide:

ADPF 153 DF

(...)

2. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos.

3. (...) No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual.

5. (...) É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou " [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. (STF - ADPF: 153 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 03/05/2012, Data de Publicação: DJE-089 DIVULG 07/05/2012 PUBLIC 08/05/2012)

Outrossim, a Corte Constitucional posiciona-se que não incumbe a órgão do Judiciário alterar ou editar normas, produzindo, deste modo, normas distintas. Esta, nos termos da supradita ADPF, compete exclusivamente ao Poder Legislativo, sendo esta atividade típica do referido ente federativo. Deste modo, somente se faz possível revogar-se a característica de anistia ampla, geral e irrestrita mediante a promulgação de nova lei, uma vez que por meio do Art. 4º, §1º da Emenda Constitucional n. 26/85 o constituinte originário endossou as características supramencionadas.

ADPF 153 DF

(...)

7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. 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]. (STF - ADPF: 153 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 03/05/2012, Data de Publicação: DJe-089 DIVULG 07/05/2012 PUBLIC 08/05/2012)

Diante os referidos postulados, destaca SIKKINK (2011) que mediante a prolação de Acórdão nos aludidos termos o STF obstaculizou a difusão de normas globais de responsabilização individual no ordenamento brasileiro, o qual acarreta na impedimento de uma incorporação de um efeito de “cascata de justiça”.

Deste modo, tem-se a obstaculização a instauração de Justiça de Transição não apenas em decorrência de conchaves de governos autoritários de outrora. Mas, de mesma forma, os órgãos do poder judiciário também se apresentam como empecilhos a efetivação dos preceitos decorrente dos tratados de direito internacional aos quais o Brasil é signatário.

De forma complementar, BORGES (2016) discorre que esta postura por parte do Estado brasileiro decorre de uma postura calcada na maximização da figura do Estado ante o direito internacional, o qual alega exercício de soberania de interna para descumprir normas de direito internacional.

Assim, ao se observar este entrave jurisprudencial quanto a recepção da referida norma insurge a possibilidade de nulidade da norma somente por meio do Controle de Convencionalidade. Este, conforme destaca THADEU (2013) decorre do caráter de controle de legalidade, por parte do controle de convencionalidade, para além de um exame de compatibilidade ante a constituição, isto é, esse constitui-se como mecanismo de averiguação das normas de direito interno ante compromissos internacionais, não se restringindo a parâmetros constitucionais.

4.2 Pacta Sunt Servanda

Ademais, data máxima vênia a posição do Supremo Tribunal Federal, entendemos a presente posição jurisprudencial do Tribunal Constitucional como equivocada. A presente

afirmação sustenta-se não apenas na dissonância da posição jurisprudencial entre o entendimento da corte fixado na ADPF 153/10 para com os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De mesmo modo, destaca-se a que se destacar a vinculação jurídica do Estado Brasileiro ao cumprimento integral dos tratados aos quais o mesmo se torna signatário. O presente postulado decorre da aplicação do princípio da *pacta sunt servanda*.

BICHARA (2015) discorre que o presente instituto se constitui como o princípio de vinculação dos Estados Signatários ao tratado/convenção pactuado entre estes. O autor discorre, ainda, que este constitui-se como regra-compromisso por parte dos Estados de cumprimento integral das disposições concernentes a norma internacional: Nesse sentido, a doutrina internacionalista pátria lembra que o direito internacional é exequível e exigível, a partir do momento em que a vontade dos Estados em se submeter às normas internacionais é manifesta, BICHARA,(2015).

Esse autor explicita ainda que a presente vinculação obrigacional decorre do caráter voluntarista da subscrição do compromisso internacional. Jahyr-Philippe, nesta linha, preceitua que os Estados, mediante ato soberano individual pactuam normas de auto vinculação, as quais acarretam no edição de normas de vinculação supranacional, BICHARA (2015).

Estabelecem-se MELLO (2001) normas e princípios de valor superior aos Estados, devendo, deste modo, serem as mesmas asseguradas, no que tange seu cumprimento. Outrossim, faz-se necessário destacar que o princípio da *pacta sunt servanda*, não vincula exclusivamente o poder executivo no que tange o cumprimento das disposições concernentes aos tratados e convenções. De mesmo modo, BICHARA (2015) discorre que os juízes e cortes jurisdicionais também possuem competência para fixar o dever de cumprimento de normas de direito internacional no plano jurídico interno, mediante fundamentação no referido princípio.

A regra *pacta sunt servanda* também se aplica ao juiz. O mais qualificado, ao proferir sua sentença, teria autoridade para decidir que na ordem jurídica pátria existem normas imperativas e inderrogáveis, consagradas pelo direito internacional, que têm vocação a se aplicar no plano nacional. (BICHARA, 2015, p. 7)

Assim, insurge o dever jurídico por parte do Estado Brasileiro de dar cumprimento de boa-fé aos tratados e convenções internacionais mediante aplicação do princípio da *pacta sunt servanda*, conforme exposto anteriormente, uma vez que mediante a subscrição dos mesmos, insurge o dever de integral cumprimento dos mesmos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante a exposição dos argumentos apresentados na presente monografia, conclui-se que a prática dos crimes de tortura e desaparecimento forçado constituíam-se não apenas como prática recorrente por parte dos agentes militares, mas política institucional de enfrentamento e combate ao “subversivo”. Ademais, destaca-se que a prática dos referidos tipos penais fora arguido em significativo número de processos junto a Justiça Penal Militar, a qual não procedia com abertura de inquéritos para investigação das referidas violações a direitos humanos.

Dessarte, resta esclarecido que a prática de tais crimes por parte do governo executivo e das forças militares e policiais tratava-se de um modelo de governo, o qual pautava-se pela sistematização de um sistema repressivo que permitisse o combate insaciável do dito “subversivo”. De mesmo, depreende-se pela atuação por parte dos tribunais militares de uma instauração de um quadro de permanente lesão impunível a direitos humanos, tendo este acarretado na constituição de um Estado de Exceção de direitos durante a período de duração da Ditadura Civil militar.

Diante o presente quadro, vislumbra-se que as medidas tomadas por parte do regime ditatorial encontravam-se em contramão dos acordos e compromissos internacionais pactuados pelo Brasil em momento anterior e posterior ao regime. Este decorre da existência de sólida legislação internacionalista quanto ao tema, o qual já apresentava, à época da consumação dos crimes, expressa vedação quanto a sua prática, tendo os referidos acordos sólidos base jurisprudencial para sua aplicação.

Outrossim, a que se destacar que, para além da existência de extensa legislação quanto ao dever de prevenir e punir os crimes lesa humanidade, insurge ao Brasil, mediante consolidado posicionamento por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o dever de revogar sua lei de anistia e revisitar os casos que versem sobre o tema que tenham sido conhecidos pela Justiça Militar.

Diante os presentes compromissos legais, insurge a necessidade de instauração em nosso país de uma justiça de transição plena, a qual constitui-se como ponto singular para a instauração de um regime democrático pleno.

Este, por sua vez, deve pautar-se, primordialmente, pela criação de uma cultura jurídica que coíba a prática de crimes contra a humanidade, haja vista a primazia dos direitos humanos em nosso ordenamento. Assim, faz-se necessário o fortalecimento de institutos responsáveis pelo esclarecimento dos fatos, tais como a Comissão Nacional da Verdade, e aplicação integral das disposições concernentes a punição aos supraditos crimes.

Contudo, mesmo mediante convergência normativa e jurisprudencial, não se vislumbra a efetivação, em sua integralidade, dos preceitos de justiça de transição anteriormente dispostos por parte do Estado Brasileiro. Deste modo, conclui-se que o Estado escusa-se em dar efetividade em seus compromissos internacionais, incorrendo, destarte, na lesão a direito pátrio consagrada, haja visto a internalização de significativo número de tratados sobre o tema, bem como sua inobservância de suas responsabilidades ante o sistema interamericano de proteção de direitos humanos.

Diante o presente quadro, e mediante a improcedência da ADPF 153, conclui-se que os referidos pressupostos encontram no controle de convencionalidade o instrumento de controle de legalidade viável a sua efetivação. Ademais, a que se frisar que, mediante a possibilidade do controle anteriormente aludido por parte de magistrados de 1ª instância, conforme exposto no 3 capítulo da presente obra, resta clarividente o poder-dever por parte dos órgãos do poder judiciário de realiza-lo.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. **MUTAÇÕES DO CONCEITO DE ANISTIA NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA: a terceira fase da luta pela anistia**. Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade / Giuseppe Tosi... [et al.], (Organizadores). João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGUILAR, Gonzalo Cavallo. **Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referência al caso chileno**. Revista Ius et Praxis, año 14, n. 2, Chile, 2008, p. 147-207

ALVES, Maria Helena M. **Estado e oposição no Brasil (1964-84)**. Petrópolis: Editora Vozes, 1985.

ALVES, Maria Helena Moreira. **Estado e oposição no Brasil (1964-1984)**. 5ªed. Petrópolis: Vozes, 1989.

ARENDT, Hanna. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil nunca mais**. 20ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1985.

BARANDIER, Antônio Carlos. **Relatos – um advogado na ditadura**. Rio de Janeiro: J. Di Giorgio, 1994.

BORGES, R. M. Z.; SILVA, S. S. **Violência sexual e justiça de transição no Brasil: possibilidade de reconhecimento desde uma perspectiva de gênero**. In: Paulo César Corrêa Borges; Renata Almeida Da Costa; Soraia da Rosa Mendes. (Org.). Criminologias e política criminal. 1ed.Florianópolis: CONPEDI, 2016, v. 1, p. 378-398.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. **São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm
Acesso em: 03/09/2019

_____. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. **Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm
Acesso em: 03/09/2019

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html
Acesso em: 27/09/2019.

_____. Decreto-lei nº 314, de 13 de março de 1967. **Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0314.htm
Acesso em: 25/09/2019

_____. Decreto-lei nº 898, de 29 de setembro de 1969. **Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0898.htm
Acesso em: 07/10/2019

_____. Lei nº 1802, de 05 de janeiro de 1953. **Define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, e dá outras providências**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L1802.htm
Acesso em: 27/09/2019

_____. Lei nº 6683, de 28 de agosto de 1979. **Concede anistia e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm
Acesso em: 03/09/2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153-6**. Brasília, 29 de abril de 2010. Relator: GRAU, Eros R. julgado em 29/04/2010, DJe145.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1150**. Requerente: Governo da República Argentina. Extraditando: Norberto Raul Tozzo. Relatora Ministra Cármen Lúcia; Relato p/ acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=18002>
Acesso em 01/10/2019

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Parecer. Prisão preventiva para extradição nº 696**. Requerente: Republica Argentina. Requerido: Manuel Alfredo Montenegro. Relator Ministro Gilmar Mendes. 2014

BUENO, Bruno Bruziguessi. **Os Fundamentos da Doutrina de Segurança Nacional e seu Legado na Constituição do Estado Brasileiro Contemporâneo**. Revista Sul-Americana de Ciência Política, v. 2, n. 1, 47-64.

CARVALHO, José Murilo de. Carvalho. **Forças Armadas e política no Brasil**. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006. (Nova biblioteca de ciências sociais)

COELHO, Myrna. (2010). **Sofrimento e Tortura: Brasil (1964-1979) e Argentina (1976-1983)**. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2010.

COIMBRA, C. M. B. **Tortura ontem e hoje: resgatando uma certa história**. In: Psicologia em Estudo, Maringá, v. 6, n. 2, p. 11-19, jul./dez. 2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. SENTENÇA DE MÉRITO. **Demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra a República Federativa do Brasil.** 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cidh.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PORT.pdf>. Acesso em: 08/10/2019

_____. SENTENÇA DE MÉRITO. **Demanda perante a Corte Interamericana de Direitos humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.** 29 de julho de 1988. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/2ed9f5488d3b613fb7364d2008a0c3a1.pdf>. Acesso em: 12/10/2019.

FAGUNDES, Ailton Laurentino Caris. **Do Golpe À Ditadura: A Doutrina de Segurança Nacional e a Construção Do Regime Militar.** OPSIS, Catalão-GO, v. 14, n. 1, p. 60-78 - jan./jun. 2014.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 13 Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil.** 3 Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

FERREIRA, Luciano Vaz. **Os Preceitos da Doutrina da Segurança Nacional e a sua implementação no Brasil.** Revista Novatio Iuris - v.4, n. 2, ago.-dez. 2012.

FON, Antônio Carlos. **Tortura – a história da repressão política no Brasil.** São Paulo: Global Editora, 1979.

FREIRE, A. ALMADA, I. GRANVILLE PONCE, J. A. (orgs). **Tiradentes, um presídio da ditadura: memórias de presos políticos.** SP: Scipione, 1997.

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE (ICTJ). **What is Transitional Justice?** 2009. Disponível em: <https://www.ictj.org/about/transitional-justice>. Acesso em: 16/10/2019.

JOFFILY, Mariana. **No centro da engrenagem: os interrogatórios na Operação Bandeirantes e no DOI de São Paulo (1969-1975).** Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em História Social, USP, São Paulo, 2008.

KLEIN, Lucia; FIGUEIREDO, Marcus F. **Legitimidade e coação no Brasil pós-64.** Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1978.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 2. ed. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro.** Revista de informação legislativa. v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MEZAROBBA, G. **O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro**. In: SOARES, I. V. P e SANDRA, A. S. (Coord.). *Memória e verdade: A justiça de transição no Estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Parecer - Arguição de descumprimento de preceito fundamental 320/DF**. Procuradoria Geral da República, 28 ago 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=5102145&tipoApp=.pdf>. Acesso em 23/10/2019.

NETTO, Marcelo; MEDEIROS, Rogério. **Memórias de uma Guerra Suja**. 1 Ed. Rio de Janeiro: Topbooks Editora e Distribuidora de Livros, 2012.

OLIVEIRA, Luciano. **DITADURA MILITAR, TORTURA E HISTÓRIA: A “vitória simbólica” dos vencidos**. Revista Brasileira de Ciências Sociais - vol. 26 n° 75, Fev/2011.

PETERS, Edward, **História da Tortura**. Lisboa: Editora Teorema, 1985.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1, parte geral arts. 1º a 120**. 8ª ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Vicente Arruda Câmara; BOLONHA, Carlos Alberto Pereira Das Neves. **JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: novo campo de estudos, debates e ação**. Memória, verdade e justiça de transição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Samantha Ribeiro Meyer Pflug, Rogerio Dultra dos Santos. – Florianópolis: CONPEDI, 2014

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Justiça e autoritarismo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ROSITO, João Baptista Alvares; DAMO, Arlei Sander. A reparação por perseguição política e os relatos de violência nas caravanas da anistia. Horiz. antropol. vol.20 no.42 Porto Alegre July/Dec. 2014

SANTAYANA, George. **A vida da razão**, Vol. I, Cap. XII. Adaptado, 1905.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça Dos. **ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO**. Memória, verdade e justiça de transição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Samantha Ribeiro Meyer Pflug, Rogerio Dultra dos Santos. – Florianópolis: CONPEDI, 2014.

SARLET, Igno Wolfgang. **Controle de convencionalidade dos tratados internacionais**. Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-control-e-convencionalidade-tratados-internacionais>. Acessado em 10 de outubro de 2019.

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. **The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics**. Nova York, Londres: W.W. Norton & Company, 2011

SILVA, Ângela Moreira Domingues da. **Ditadura e Justiça militar no Brasil: a atuação do Superior Tribunal Militar (1964-1980)**. Doutorado em História, PPHPBC, FGV, 2011.

SILVA, Jussaramar. **Trocas de informações e transferências extrajudiciárias entre as ditaduras militares na América do Sul**. In: REIS, Daniel Aarão; SILVEIRA, Diego Omar; LEITE, Isabel Cristina; CORDEIRO, Janaina Martins. *À SOMBRA das ditaduras: [Brasil e América Latina]*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2014.

USTRA, Carlos Alberto Brilhante. **Rompendo o silêncio**. Rio de Janeiro: Editerra, 2003.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

VIRISSIMO, Vivian. **“AI-5 foi luz verde para a tortura”**. Brasil de Fato, Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/node/26918>/acessado em 10 de agosto de 2019.