

DITADURA MILITAR, CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E A CONDENAÇÃO DO BRASIL PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS¹

MÁRCIO SOTELO FELIPPE²

[...] o centro de toda educação política deveria ser que Auschwitz não se repita. Isto só será possível na medida em que ela se ocupe da mais importante das questões sem receio de contrariar quaisquer potências. Para isto teria de se transformar em sociologia, informando acerca do jogo de forças localizado por trás da superfície das formas políticas. Seria preciso tratar criticamente um conceito tão respeitável como o da razão de Estado, para citar apenas um modelo: na medida em que colocamos o direito do Estado acima do de seus integrantes, o terror já passa a estar potencialmente presente (ADORNO, Educação após Auschwitz).

1 Recebido em 11/09/15, aprovado, definitivamente, em 21/01/2016.

2 Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. É professor da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (Pós-Graduação "lato sensu"), da qual foi diretor de 2007 a 2009. Procurador-Geral do Estado de São Paulo (1995-2000). Membro da Comissão da Verdade da Ordem dos Advogados do Brasil. É membro da Comissão da Verdade da OAB Federal. Foi um dos petiçãoários na denúncia à Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos CIDH/OEA, no caso Pinheirinho, em 2012.

RESUMO: O RELATÓRIO DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE APONTOU OS CRIMES COMETIDOS PELA DITADURA MILITAR BRASILEIRA (1964 - 1985). O ARTIGO EXPÕE OS CONCEITOS JURÍDICOS QUE CARACTERIZAM TAIS ATOS COMO CRIMES CONTRA A HUMANIDADE, QUE NÃO PRESCREVEM E SÃO INSUSCETÍVEIS DE ANISTIA. O ESTADO BRASILEIRO ESTÁ JURIDICAMENTE OBRIGADO A PROCEDER À PERSECUÇÃO CRIMINAL DOS PERPETRADORES, TANTO PELAS NORMAS CONVENCIONAIS A QUE SE VINCULOU QUANTO POR NORMAS COGENTES DE DIREITO INTERNACIONAL. O MÉTODO UTILIZADO CONSISTIU NA PESQUISA DE MATERIAL DE DIREITO INTERNACIONAL E PRECEDENTES VINCULANTES

PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS HUMANOS. CRIMES CONTRA A HUMANIDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.

ABSTRACT: BRAZIL'S NATIONAL TRUTH COMMISSION (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE) PRESENTED A REPORT POINTING OUT THE CRIMES COMMITTED BY THE BRAZILIAN MILITARY DICTATORSHIP (1964-1985). THIS PAPER EXPOSES THE LEGAL CONCEPTS THAT CHARACTERIZE SUCH ACTS AS CRIMES AGAINST HUMANITY, WHICH DO NOT HAVE TIME LIMITATION FOR PERSECUTION AND CANNOT BE AMNESTIED. THE BRAZILIAN STATE IS OBLIGED TO CRIMINAL PROSECUTION OF THE PERPETRATORS, BOTH A RESULT OF THE MANDATORY RULES OF INTERNATIONAL LAW AS THE DECISION OF INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. THE METHOD USED WAS THE SEARCH FOR MATERIAL OF INTERNATIONAL LAW AND BINDING PRECEDENTS

KEY-WORDS: HUMAN RIGHTS. CRIMES AGAINST HUMANITY. HUMAN DIGNITY.

INTRODUÇÃO

A exigência de que os crimes cometidos pela ditadura militar sejam punidos encontra frequentemente uma espécie de “objeção” que podemos denominar de “os dois lados”. Trata-se de argumento construído com base em noções do senso comum, este inimigo do conhecimento e da verdade. É o senso comum que embasa afirmação do tipo

“houve um conflito em que os dois lados cometeram excessos”.

“Excessos” cometidos pelos dois lados já são, desde logo, um atentado à memória e à verdade. Nos primeiros dias do golpe de 1964 milhares de pessoas foram presas, processadas, vidas destruídas, carreiras interrompidas e muitas rumaram para o exílio. O golpe afetou profundamente a sociedade brasileira.

A partir do AI-5, no fim do ano de 1968, o ano em que a resistência à ditadura militar ganhou as ruas, o movimento estudantil encorpou-se, sindicatos e trabalhadores fizeram greves históricas, a ditadura tornou-se feroz. A eliminação física de opositores políticos e a tortura tornam-se política de Estado (aspecto fundamental na questão) e tem uma concepção “teórica”, uma base doutrinária, denominada de “guerra revolucionária”. A “doutrina”, elaborada e posta em prática pelos franceses na Argélia, é incorporada pelos Estados Unidos da América (EUA) e chega às ditaduras latino-americanas. Nesta “guerra” o inimigo não é um exército de outro Estado, mas os cidadãos do próprio Estado.

Denominar isto de “excesso” é uma falácia que pode ser atribuída tanto à má-fé dos que querem agora eximir-se das consequências da barbárie que perpetraram (ou com a qual consentiram) quanto à desinformação

Uma política de Estado que tem como diretriz o extermínio de uma parte de seus cidadãos não é “excesso”. É uma conduta planejada e sistemática, tal como o extermínio de judeus e indesejados na Alemanha nazista ou a ação do Estado francês contra os que lutavam pela independência da Argélia.

Postas as coisas nessa perspectiva, dizer que no Brasil, a partir de 1964, havia “dois lados” em conflito, sobrevoando levemente fatos e conceitos, equivale a afirmar que na França ocupada pelos nazistas havia dois lados que se equivaliam moral, política e filosoficamente: o exército de ocupação nazista e a Resistência e julgar também os resistentes franceses em Nuremberg.

Na França ocupada, no Brasil pós-golpe de 1964, na Argentina a partir de 1976, no Chile de Pinochet, em tantos outros lugares, os fatos subsumem-se a um conceito milenar, um conceito caro à Filosofia, à Política e ao Direito: o direito de resistência. O direito de não obedecer à tirania. O direito inalienável que seres humanos, dotados de consciência e razão, têm de defender suas vidas, seus direitos e de viver a salvo do medo e da necessidade.

Encontramos em Sócrates o direito de não obedecer à tirania, de resistir ao mando imoral e ilegítimo. Encontramos em São Tomás de Aquino, ainda hoje forte base filosófica da Igreja Católica. Encontramos em Locke, teórico não propriamente revolucionário. Encontramos mesmo em Hobbes, teórico da autoridade quase absoluta do Estado, que admitia o direito que um condenado à morte tinha de escapar pelo meio de que dispusesse.

Em 1964 no Brasil houve o rompimento da ordem constitucional. Um governo democrático, um presidente legítimo foi deposto pelas armas. Consagrado pelo voto duas vezes vice-presidente, João Goulart somente pode assumir poderes presidenciais plenos no segundo mandato, após a renúncia de Jânio Quadros, por uma vitória esmagadora no plebiscito que restaurou a ordem constitucional de 1946.

Goulart propôs as chamadas “reformas de base”, que apenas modernizariam o Brasil. Reforma agrária, que a França burguesa havia realizado 200 anos antes; reformas bancária, fiscal, urbana, administrativa, universitária; controle de investimentos estrangeiros; direito de voto para os analfabetos e baixas patentes das Forças Armadas. Nada estranho a um regime burguês, nada que não se encontrasse em Estados não fascistas.

O “outro lado” exerceu o direito de resistência contra um Estado cruel e poderoso, pleno de recursos, armas, ajuda externa e disposta ao extermínio. Política e moralmente igualar “lados” é um insulto à inteligência, à memória, à verdade e à justiça.

O objetivo deste artigo é tratar de tais fatos no plano jurídico, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Penal Internacional. À luz da doutrina e tipificação dos crimes contra a humanidade, para os quais a noção de “dois lados em conflito”, iguais e equivalentes, é nonsense.

A doutrina da “guerra revolucionária” estava na base dos crimes contra a humanidade praticados pela ditadura militar. Crimes contra a humanidade somente podem ser praticados por Estados e já, a partir desta característica essencial, vê-se a confusão conceitual que grassa no tema. Somente Estados têm a capacidade de atingir coletividades, exterminar milhões de pessoas, como o século XX demonstrou. Somente o Estado, pelo seu potencial ofensivo, pode ofender tão drasticamente a humanidade e colocar sob risco a própria sobrevivência dela. O tratamento jurídico do tema é suficiente para dissolver a infâmia de tornar equivalentes a barbárie e os que resistem à barbárie.

1 OS CRIMES DA DITADURA MILITAR E A IMPUNIDADE DOS PERPETRADORES

O relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), divulgado em dezembro de 2014, expôs com adequada precisão e documentadamente os crimes praticados pelo Estado brasileiro no período 1946 – 1985, a maioria perpetrada durante a ditadura militar (1964 – 1985).

O número de mortos apurado foi de 191 a 243 desaparecidos. Desse, apenas 33 foram identificados. O relatório compreendeu por morte as execuções sumárias, inclusive as decorrentes de tortura; mortes ou conflitos armados com agentes do Poder Público; suicídios na iminência de prisão ou de tortura em decorrência de sequelas de tortura.

Dentre as graves violações de direitos humanos, o relatório identifica prisão ilegal ou arbitrária; caráter massivo e sistemático da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes;

execução sumária; desaparecimento forçado e ocultação de cadáver; uso de meios ilegais, desproporcionais ou desnecessários; prisões em massa; incomunicabilidade; sistemáticas ofensas à integridade física ou psíquica do detido; violência sexual, de gênero e contra crianças e adolescentes.

Houve sempre (desde os primeiros relatórios da Anistia Internacional ainda no início da década de 1970) grande dificuldade para apurar o número de torturados. A Comissão Nacional da Verdade considera que 1.843 foram cabalmente provados e reporta o número de 6.016 denúncias. Bastante razoável supor que grande número de denúncias não foi efetuado em virtude das condições em que se encontravam os detidos. Sabe-se também que nos processos perante as Auditorias Militares, muitos juízes não permitiam que os presos fizessem as denúncias em audiências, ou não as registravam.

Tortura, execuções, desaparecimentos forçados e outras violações dos direitos humanos eram uma *política de Estado*, traço característico dos crimes contra a humanidade. Nos termos do relatório da CNV (2014)

“A utilização sistemática da tortura estava prevista nas diretrizes da denominada doutrina da guerra revolucionária, amplamente utilizada pelas Forças Armadas brasileiras – como pode ser comprovado na publicação de 1959 intitulada Introdução ao estudo da guerra revolucionária”, utilizada nos cursos ministrados na Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (Esceme) na década de 1960. A teoria foi operacionalizada pela primeira vez no combate do exército francês contra o movimento insurgente na Guerra de Independência da Argélia. Seu uso no Brasil sofreu influência da posterior modulação dos Estados Unidos, que a utilizou na Guerra do Vietnã. A doutrina partia do princípio de que a estratégia de expansão dos movimentos insurgentes – na época, em sua maioria de orientação comunista – buscava a conquista do poder por meio do controle progressivo da população, e não de áreas geográficas. Estratégia que – como reconhece o manual Técnica e prática da contrarrebeldião, de 1973, elaborado pelo Centro de Informações de Segurança da

Aeronáutica (CISA) – tornava obsoletos os princípios tradicionais das teorias clássicas de guerra, voltadas para a conquista territorial. A doutrina da guerra revolucionária, na perspectiva militar, diz respeito à forma de enfrentamento empreendido contra um tipo específico de força opositora: não se trata, aqui, do combate a um exército inimigo passível de ser identificado no campo de batalha, mas de um inimigo que se confunde com a própria população. O maior desafio das Forças Armadas neste tipo de operação, tal como aparece nos manuais dedicados ao tema, é o de identificar, localizar e isolar o inimigo na massa da população. Só por meio desses movimentos se poderia, enfim, eliminar esse inimigo.

Marcelo Godoy (2014, p. 57-88) investigou os fundamentos dessa concepção. Ele a denominou de “inversão de Clausewitz”. Para o teórico prussiano, a guerra era a continuação da política por outros meios. Na “guerra revolucionária”, a política passava a ser a continuação da guerra por outros meios. Guerra de extermínio do Estado contra seus próprios cidadãos, reputados “inimigos” internos e não adversários políticos, ainda que muitos fossem apenas opositores que poderiam talvez ter portado, em algum momento da vida, um canivete.

Violações sistemáticas ou generalizadas dos direitos humanos (vida, integridade física etc.), nessa escala e no âmbito de uma política de Estado, são crimes contra a humanidade, com seus atributos de imprescritibilidade e impossibilidade de anistia. Isto tem sido ignorado pelo Estado brasileiro, por seus três poderes.

Na Argentina, para citar apenas um exemplo, as chamadas leis do Ponto Final e da Obediência Devida, que impediam a persecução penal dos perpetradores dos crimes contra a humanidade, foram revogadas pelo Congresso. Os processos resultaram na condenação de 554 pessoas, segundo relatório da Procuradoria de Crimes contra a Humanidade divulgado em abril de 2015.

Entre nós, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, sustentou não ser compatível a Lei de Anistia (na verdade autoanistia) da ditadura

com a ordem democrática regida pela Constituição de 1988 e os direitos fundamentais que ela assegurou. Atacou a interpretação segundo a qual a Lei n. 6.683/79 anistiou agentes públicos responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor. Essa interpretação desrespeitava o dever do Poder Público de não ocultar a verdade, violava os princípios democráticos e republicanos e o princípio da dignidade humana.

O extenso voto condutor, da lavra do ministro Eros Grau, alinhou inúmeros argumentos para rechaçar a ADPF. No entanto, o fulcro do voto era, ao fim e ao cabo, a chamada razão de Estado. Aquele conceito, assentado em Maquiavel, segundo o qual se pode ou deve-se afastar regras morais ou jurídicas quando há interesse social relevante. Essa razão de Estado consistiria em respeitar um “acordo” firmado entre oposição e ditadura militar. Nas palavras do relator, “a inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei 6.683/79”. O voto do relator apoiou-se em uma falácia histórica e ignorou todas as razões jurídicas que conduziam ao acolhimento do pedido.

Quanto à falácia histórica as fontes estão disponíveis. Imediatamente após a decisão, Paulo Sérgio Pinheiro (que integrou posteriormente a Comissão Nacional da Verdade) publicou na Folha de São Paulo artigo destruindo a versão do “acordo”:

A lei de anistia não foi produto de acordo, pacto, negociação alguma, pois o projeto não correspondia àquele pelo qual a sociedade civil, o movimento da anistia, a OAB e a heroica oposição parlamentar haviam lutado. Pouco antes de sua votação, em setembro de 1979 houve o Dia Nacional de Repúdio ao Projeto de Anistia do governo e, no dia 21, um grande ato público na Praça da Sé promovido pela OAB-SP, igualmente contra o projeto do governo. A lei celebrada nos debates do STF como saldo de ‘negociação’ foi aprovada com 206 votos da Arena, o partido da ditadura, contra 201 do MDB. A oposição, em peso, votou contra

ato de Legislativo emasculado pelas cassações, infestado por senadores biônicos. Parece que o movimento da anistia e a oposição na época não tinham sido comunicados de seu papel no 'acordo nacional' que os ministros 30 anos depois lhes atribuíram (FOLHA DE SÃO PAULO, 5 jul. 2010).

Além de estabelecer a verdade, patrimônio que legaremos às futuras gerações, importa demonstrar a completa inconsistência jurídica da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) e a irrelevância jurídica de um acordo que, de resto, jamais existiu.

O Estado brasileiro tem a obrigação jurídica de proceder à persecução criminal dos perpetradores dos crimes praticados pela ditadura militar porque são crimes contra a humanidade, imprescritíveis e insuscetíveis de anistia. Essa obrigação decorre tanto de normas convencionais de Direito Internacional, a que o Brasil se submeteu no exercício de sua soberania, quanto por normas cogentes de Direito Internacional que constituem um mínimo patamar civilizatório.

2 OBRIGAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO DE PUNIR OS CRIMES DA DITADURA MILITAR

A Teoria Geral do Direito divide as normas em cogentes e dispositivas. Não há *tercius*. As cogentes, imperativas, vinculam independentemente de um ato de vontade dos sujeitos da relação jurídica. Assim, normas tributárias ou de família, que impedem o casamento em certos casos, são cogentes. As dispositivas, como as convenções ou contratos de direito privado, originam-se e tornam-se eficazes por força da vontade dos sujeitos.

Vejamos a norma dispositiva e as normas cogentes aplicáveis aos crimes da ditadura, desconsideradas pelo Estado brasileiro.

2.1 NORMA DISPOSITIVA

O Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992) e reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em dezembro de 2010, após a referida decisão do STF na ADPF n. 153, julgou o caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. A decisão considerou inválida a lei da anistia e condenou o Brasil a proceder à persecução penal dos responsáveis pelos crimes contra a humanidade, praticados no período da ditadura militar.

Por força do controle de convencionalidade, passou a ser obrigação de todos os poderes do Estado cumprir e fazer cumprir a decisão da CIDH à vista do princípio *pacta sunt servanda* e à vista da própria soberania nacional, porque, no exercício dela, o Brasil vinculou-se.

Nesse âmbito, a referida decisão da Corte Interamericana assinala (2010):

O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais e internacionais de boa fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações internacionais dos Estados-Partes vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano do seu direito interno.

Trata-se, portanto, da aplicação da singela e vetusta regra "*pacta sunt servanda*". Não se pode, evidentemente, fazer pactos e cumprilos quando se entender convenientes.

2.2 NORMAS COGENTES DE DIREITO INTERNACIONAL

O Estado brasileiro deve punir os perpetradores dos crimes contra a humanidade também por força de normas cogentes de Direito Internacional, imperativas e independentes de obrigações convencionais.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) assim dispõe no artigo 53, com a rubrica "Tratado em Conflito com 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.

Punir crimes contra a humanidade é obrigação cogente de Direito Penal Internacional; o princípio da dignidade humana é norma cogente do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2.2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Tornou-se insustentável o conceito positivista (indiferente ao conteúdo da norma) do direito após a barbárie nazista. Por ele, se uma norma de Direito interno determina ou possibilita o extermínio de uma parte de seus próprios cidadãos deve ser reconhecida sua qualidade de

jurídica, sem quaisquer considerações éticas, apenas por força da observância de procedimentos formais pelos quais ingressa no ordenamento.

A superação do positivismo operou-se pelo reconhecimento do princípio da dignidade humana, sem o qual inexistiria civilização e sem o qual a barbárie é legitimada. Surge historicamente como uma ideia transcendental no Estoicismo, no Judaísmo, no Cristianismo, na religião muçulmana. Com Kant, é sustentada de uma perspectiva racional, como uma construção da consciência humana. Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, diz Kant que, quando algo tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de qualquer preço e, por isso, não permite equivalência, então ela tem dignidade.

Ao passar de ideia transcendente e de conceito filosófico para axioma jurídico, a dignidade humana trouxe para o direito esta exata consequência. A vida humana, mas também a vida a salvo do medo e da necessidade, não tem preço. Não se põe razão de Estado como equivalente à dignidade humana e por ela abre-se, muitas vezes, uma porta para a barbárie. Adorno, na passagem que figura como epígrafe deste texto, afirma exatamente isto: “Seria preciso tratar criticamente um conceito tão respeitável como o da razão de Estado, para citar apenas um modelo: na medida em que colocamos o direito do Estado acima do de seus integrantes, o terror já passa a estar potencialmente presente”.

Os dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos são desdobramentos lógicos, necessários, do princípio da dignidade humana:

Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança. Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento cruel, desumano ou degradante. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

A doutrina entende que, não obstante uma declaração, tornou-se cogente, vinculante:

Pode-se hoje persuasivamente afirmar que partes substanciais da Declaração Universal – uma resolução da Assembleia Geral da ONU adotada em 1948 sem qualquer dissenso e originalmente concebida de modo a não conter obrigações internacionais – tem se tornado parte do direito costumeiro internacional vinculante a todos os Estados. Esta visão, a princípio defendida por juristas, mas, posteriormente, reiterada por conferências internacionais, pela prática dos Estados e inclusive por decisões judiciais, parece hoje ter alcançado uma aceitação generalizada (PIOVESAN, 1996, p.163-164).

No Direito Internacional é deste modo que o direito é construído. Pelo costume, pela prática dos Estados, porque uma regra foi incorporada aos ordenamentos internos, por precedentes, tratados, convenções, pela doutrina, a tal ponto que em dado momento, torna-se insustentável negar sua cogência. Na base jurídica, filosófica e moral do julgamento de Nuremberg e de todos os que se seguiram desde então estava o princípio da dignidade humana. E, com o substancial reforço desse precedente, não há como negar o caráter vinculante da persecução aos crimes contra a humanidade e o caráter vinculante do princípio da dignidade humana, a partir daí contemplado em normas constitucionais, como na Lei Fundamental da Alemanha e, entre nós, na Constituição de 1988 como fundamento da República.

2.2.2 GÊNESE, CONCEITO E COGÊNCIA DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

A construção dos crimes contra a humanidade não pode ser compreendida sem o Estado moderno porque ele é o sujeito ativo das condutas, e somente o é pelas suas características. O uso da palavra Estado pode ser amplo o suficiente para designar, por exemplo, a *polis* ateniense, Roma antiga, o Estado feudal ou absolutista. No entanto o Estado moderno é um ente histórico e conceitualmente distinto disto tudo. Podemos usar a expressão para nos referirmos a qualquer forma de organização política. Mas é um uso superficial e não agrega conhecimento.

O Estado moderno tem, diferentemente das demais formas históricas de organização política, a característica dos três monopólios: o da norma jurídica, o da tributação e o da violência ou coerção. Resultado do modo de produção capitalista, é a organização política necessária para esse modo de produção, mas também apropriada por regimes marxistas, segundo o conceito de ditadura do proletariado. Tanto um como outro subsumem-se na categoria Estado moderno.

Esses três atributos, aliados ao desenvolvimento tecnológico e ao avanço da ciência, fizeram do Estado moderno o ente mais poderoso que a História conheceu. A imensa concentração de recursos, a tecnologia, exércitos de milhões, corpo burocrático o transformaram, particularmente ao longo do século XX, em potencial máquina de destruição em massa de seres humanos. A I Guerra escancarou isto de uma forma que não se podia mais ignorar, ainda que contingências políticas acabassem prevalecendo tantas vezes.

Em meio a I Guerra, em 1915, o Estado turco praticou o primeiro genocídio do século XX, o assassinato de 1,5 milhão de armênios. No final da guerra, ao cabo de um conflito que envolveu todos os continentes, 60 milhões de pessoas pereceram, seja por consequência direta das batalhas, seja por causas correlatas (como a gripe espanhola). A ciência e a técnica foram postas a serviço do extermínio. Apareceu, em sua plenitude, o “esplendor” da química, com gases que matavam como moscas. O poeta Wilfred Owen denominou ironicamente *dulce et decorum* (da expressão latina “quão doce e honrado é morrer pela pátria”) um poema que descreve o horror dos gases:

A sua cara de enforcado, como se fosse um diabo vomitado
pelo pecado

Você podia escutar, a cada solavanco, o sangue saindo, gorgu-
lhante, dos seus pulmões corrompidos

Obsceno como um câncer, amargo como fel. Quão vil e incu-

ravelmente inflamado em línguas inocentes

Meu amigo você não vai querer este tipo de prazer elevado

Tão ardentemente infantil em querer alcançar tal glória
desesperada

É uma velha mentira: Dulce et decorum este pro patria mori.

Grande parte de uma geração foi morta, mutilada física ou mentalmente. Já não se podia mais sustentar a freudiana noção de que a neurose era sempre uma decorrência de questões edípicas. Ela podia decorrer também do horror indescritível da guerra, e o mundo povoou-se de “neuróticos de guerra”, seres humanos emocionalmente destruídos, inutilizados.

O Tratado de Sèvres continha uma cláusula de responsabilização do Estado turco pelo genocídio armênio. Tal cláusula não só desapareceu do tratado subsequente, o de Lausanne, como também foi incorporado a ele um anexo secreto garantindo imunidade aos perpetradores turcos do primeiro genocídio do século XX. Por isso Hitler podia dizer em 1939: “quem afinal fala hoje do extermínio dos armênios?”.

Em Versalhes, esboçou-se também timidamente uma responsabilização do Kaiser Guilherme. Tampouco vingou, ainda que tenha constatado uma espécie de condenação moral pela “ofensa suprema contra a moralidade internacional e a santidade dos tratados” (ARAGÃO, 2009). A resistência à responsabilização foi então um “legado” à humanidade pelo qual devemos “agradecer” aos EUA e ao Japão.

A II Guerra gestou definitivamente o conceito do que foi denominado crime contra a humanidade. O Estado celerado nazista, conduzido por assassinos e facínoras, pretendeu reduzir a sociedade a um único padrão étnico, social ou político. Seis milhões de judeus e outros milhões de cidadãos de Estados europeus - comunistas, socialistas, liberais, homossexuais, pessoas com deficiência, Testemunhas de Jeová, eslavos - foram dizimados ou escravizados.

O ingênuo “rigor metodológico” dos positivistas e a ideia de soberania estatal absoluta desabaram com a condenação dos nazistas perpetradores de crimes contra a humanidade em Nuremberg, desde dirigentes do Estado a funcionários que “cumpriram ordens” (se lhes fosse possível uma escolha moral). Regras impostas por assassinos e ladrões podiam ser um ordenamento jurídico? Qual era, afinal, a diferença, como dizia Santo Agostinho, entre o Estado e um bando de piratas, senão a justiça?

A Carta de Londres (1945), que fixou os parâmetros do julgamento de Nuremberg, definiu os crimes contra a humanidade como

[...] assassinio, exterminação, escravização, deportação e outros atos inumanos cometidos contra qualquer população civil antes ou durante a guerra, ou perseguições políticas, raciais ou religiosas a grupos em execução ou em conexão com alguns crimes da jurisdição do Tribunal Militar Internacional com ou sem violação da lei doméstica do país em que foram perpetrados.

Em 1950 a Organização das Nações Unidas (ONU) consolidou o precedente pelos assim denominados Princípios de Nuremberg:

Princípio I – toda pessoa que cometa um ato que constitua crime de Direito Internacional é responsável por ele e está sujeito a sanção;

Princípio II – O fato de o Direito interno não impor pena alguma por um ato que constitua crime de direito internacional não exime de responsabilidade os responsáveis perante o Direito Internacional;

Princípio III – O fato de o responsável pelo ato que constitua crime de Direito Internacional tenha atuado como Chefe de Estado ou como autoridade do Estado não a exime de responsabilidade perante o Direito Internacional;

Princípio IV – O fato de uma pessoa ter atuado em cumprimento de uma ordem de seu governo ou de um superior hierárquico não

a exime de responsabilidade perante o Direito Internacional, se efetivamente teve possibilidade de escolha moral;

Princípio V – Toda pessoa acusada de um crime de Direito Internacional tem direito a um juízo imparcial sobre os fatos e sobre o direito;

Princípio VI – Os crimes enunciados em seguida são puníveis como crimes de Direito Internacional:

[...]

c: crimes contra a humanidade: o assassinato, o extermínio, a escravização, a deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando tais atos são cometidos ou tais perseguições sejam levadas a cabo ao ser perpetrado um crime contra a paz ou um crime de guerra, ou em relação com ele.

A conexão com evento guerra não mais é exigida. A Comissão (*International Law Commission*), que consolidou os Princípios de Nuremberg, já fez constar em seu relatório que tal vínculo não era elemento essencial à caracterização do crime contra a humanidade, como assinala M. Cherif Bassiouni (2014-33):

O desenvolvimento pós-Carta [Estatuto de Londres] [...] removeu a conexão com uma guerra. Isto se iniciou em 1950 com o Relatório de Consolidação dos Princípios de Nuremberg da ILC [International Law Commission], seguidos por mais cautelosas definições dos crimes contra a humanidade do ICTY [International Criminal Tribunal for Yugoslavia].

O que, afinal, autoriza afirmar da cogência dos crimes contra a humanidade? Mencionei no subitem anterior as fontes do Direito Internacional: costumes, precedentes, incorporação a ordenamentos internos, instrumentos internacionais etc. Bassiouni (2014-268) que escreveu obra definitiva sobre crimes contra a humanidade, ilustra isto com exemplares e irrecusáveis citações de autores de Direito Internacional. Entre outras, pela clareza e síntese, Lord McNair:

Há regras de Direito Internacional Costumeiro [...] que não podem ser afastadas por Estados contratantes; é mais fácil ilustrar estas regras do que defini-las. São regras que foram expressamente convencionadas por tratados ou tacitamente pelo costume como necessárias para proteger a ordem pública das sociedades ou manter os padrões de moralidade pública. Por exemplo, a pirataria é estigmatizada pelo Direito Consuetudinário Internacional como crime, sendo o pirata considerado 'hostis humanis generis', punível por qualquer Estado. Pode haver qualquer dúvida de que, se dois Estados concordarem em permitir a pirataria em uma determinada área, ou contra navios mercantes de um determinado Estado, um tal acordo seria nulo? Ou um tratado em que dois aliados concordam em fazer uma guerra com métodos que violam as regras consuetudinárias, como o dever de clemência?

Há uma grande dificuldade na compreensão disso em nossa cultura jurídica. Algumas tentativas de persecução penal dos perpetradores da ditadura militar de crimes contra a humanidade, promovidas pelo Ministério Público Federal, têm sido malsucedidas porque, afora o conservadorismo de alguns juízes, estão também habituados a operar com conceitos do Direito Penal interno. Assim, não veem uma norma formal expressa, indagam da anterioridade, invocam a prescrição ou a anistia, procuram uma norma de Direito Penal Internacional no Código Penal. De fato, como bem observado na passagem acima citada de Lord McNair, neste campo é mais fácil ilustrar do que definir. O exemplo é precioso: os crimes contra a humanidade são tão cogentes quanto à condenação universal da pirataria.

Pode-se conceber que algum juiz, em sã consciência, aqui ou em qualquer parte do mundo, declare lícita alguma regra que convalide a pirataria? Ou pode-se tornar lícito o que é *malum in se*? Pode-se reputar lícita a decisão de um Estado de exterminar uma parte da sua população, como fizeram os celerados do Estado nazista ou os delinquentes do Khmer Vermelho, responsáveis pela morte de 1,3 milhões de cambojanos? Pode-se dizer lícito o assassinato de 1,5 milhão de armênios pelo Estado turco? Os cinco milhões dizimados pela fome ou executados durante a política de coletivização agrária promovida por Stalin? Os 800 mil em

Ruanda? A “limpeza étnica” nos Balcãs? Os milhares de mortos nas ditaduras que infelicitaram a América Latina nos anos 1960/1970 do século passado, entre as quais a ditadura brasileira?

Tais fatos, não obstante a forma “jurídica”, a aparência de “legalidade”, a eficácia que possam ter, são crimes perante os mais básicos princípios de justiça e moralidade. Portanto, cedem conceitos como soberania ou abordagens metodológicas (como o positivismo estrito) que, ao fim e ao cabo, são fantasmagorias, as sombras da caverna que fazem aparentar ser civilização o que é barbárie.

O elemento indispensável para que se caracterize o crime contra a humanidade e coloque o fato na órbita do Direito Penal Internacional é a natureza política da conduta. Uma organização criminosa comum poderá assassinar centenas ou milhares de pessoas, mas estará sujeita apenas ao ordenamento interno. Não será um crime perante a ordem internacional, um crime perante o Direito Penal Internacional.

Teremos a natureza política quando estiverem presentes as seguintes circunstâncias:

- a ação dirigida contra um grupo identificável no seio da sociedade, em geral refletindo motivação persecutória, mas não necessariamente;

- os atos são ou deveriam ser considerados crimes perante as leis daquele Estado;

- os crimes são ordenados, instigados e cometidos por agentes do Estado em sua atividade funcional ou sob aparência de autoridade legal, ou foram possíveis pela omissão dos agentes encarregados de preveni-los, evidenciando um padrão de conduta ou diretriz;

- a escala de vitimização é significativa, generalizada ou sistemática. (BASSOUINI, 2014).

O Estatuto de Roma, que rege o Tribunal Penal Internacional, consolidou, por convenção, tais condutas, mas é um reforço de

convencionalidade (depende da adesão do Estado e com limite temporal) ao que já é cogente, imperativo. Ainda que o Estado não adira ao Estatuto estará, por força da cogência gerada pelas fontes do Direito Internacional, submetido a sanções por crimes contra a humanidade.

O Estatuto trata dos crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. São crimes contra a humanidade homicídio, extermínio, escravidão, deportação ou transferência forçada de uma população, prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, tortura, agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável, perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, desaparecimento forçado de pessoas, *apartheid* e outros atos desumanos que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Os crimes contra a humanidade são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia. A *ratio essendi* destes atributos reside no formidável potencial ofensivo, na suprema afronta à moralidade, no princípio da não repetição, visando proteger as coletividades e a própria sobrevivência da humanidade em sua inteireza. Não podem ser subtraídos da memória dos povos e a anistia (tantas vezes autoanistia) é absolutamente incompatível com sua natureza. Particularmente repugnante a autoanistia, como a brasileira, que permite que os perpetradores de condutas bárbaras, do horror absoluto, perdoem-se a si mesmos.

3 A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em dezembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil no caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”). A sentença contempla vários aspectos aqui abordados e chama o Brasil

à responsabilidade em função de sua adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos e à aceitação da jurisdição da Corte. A maior parte da decisão segue ignorada pelo Estado brasileiro.

Em síntese, segundo a CIDH, as disposições da Lei de Anistia brasileira impedem a investigação e a sanção de graves violações de direitos humanos e são incompatíveis com a Convenção Americana. Carecem de efeitos jurídicos e não podem representar obstáculo para a investigação dos fatos relativos à Guerrilha do Araguaia, para a identificação e a punição dos responsáveis, e igualmente em outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana, ocorridos no Brasil.

Para a Corte, o Estado brasileiro é responsável por desaparecimentos forçados, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, consagrados nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Estado brasileiro descumpriu a obrigação de adequar seu direito à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em virtude da interpretação e da aplicação dadas à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos.

O Estado brasileiro é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pela falta de investigação dos fatos relativos à Guerrilha do Araguaia, e bem assim pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis.

O Estado brasileiro é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Também é responsável pela violação do direito à integridade

pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Estabelecidas essas violações, determinou a CIDH que o Estado brasileiro conduza eficazmente perante a jurisdição ordinária a investigação penal dos fatos, referida na sentença, e aplique as sanções previstas em lei.

Entre outras disposições, também que o Estado realize todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas; se possível, identifique e entregue os restos mortais aos familiares; ofereça tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico; realize ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos; implemente, em prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas; adote, em prazo razoável, medidas para tipificar o delito de desaparecimento forçado em conformidade com os parâmetros interamericanos. Enquanto cumpre essas medidas, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e, se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado pelos mecanismos existentes no direito interno.

Essa decisão é posterior à do STF na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, 153, julgada em abril de 2010, que, como demonstrado aqui, violando regras do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Penal Internacional, seguiu concedendo validade à lei de autoanistia brasileira.

É inaceitável que, nesta quadra histórica, o Estado brasileiro siga convalidando a barbárie e, neste aspecto, cabe registrar passagem do voto em separado do juiz Roberto Caldas, na referida decisão da CIDH (2010):

É prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de

prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade.

É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas.

Em maio de 2014, o advogado Fabio Konder Comparato, representando o PSOL, ingressou com nova Ação de Descumprimento Fundamental (ADPF 320), agora à luz da decisão da CDIH. Pede a não aplicação da Lei de Anistia aos crimes de graves violações dos direitos humanos cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo suposto ou efetivo, praticaram crimes políticos.

Salienta que, passados três anos e meio da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seu conteúdo não foi cumprido. Ressalta que, desde o julgamento dos criminosos nazistas em Nuremberg, em 1945, os atos de terrorismo de Estado são qualificados como crimes contra a humanidade, insuscetíveis de anistia e prescrição e que o Estado brasileiro não pode invocar sua soberania para descumprir sentença proferida por tribunal, ao qual se vinculou e nem descumprir os princípios de Direitos Humanos, reconhecidos como normas imperativas de Direito Internacional geral (*jus cogens*).

O procurador-geral da República pronunciou-se, em seu parecer, pela procedência no que diz respeito ao cerne da questão, opinando no sentido de que seja excluída qualquer interpretação da Lei de Anistia que enseje a extinção de punibilidade de crimes de lesa-humanidade ou a eles conexos, cometidos por agentes públicos, civis ou militares,

no exercício da função ou fora dela.

Lamentavelmente, a presidência da República, a Advocacia Geral da União e o Congresso Nacional prestaram informações, opondo-se ao pedido.

À guisa de consideração final: o que espera a sã consciência jurídica nacional é que o STF compareça ao encontro com a civilização e transmita a esta e às futuras gerações de brasileiros um definitivo nunca mais à barbárie.

REFERÊNCIAS

AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
153

ADORNO, THEODOR. Educação após Auschwitz. <http://adorno.planetaclix.pt/tadorno10.htm> (acesso em 11 de abril de 2014)

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme. Crimes contra a humanidade: sistema internacional de repressão. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312878/7.+Crimes+contra+a+humanidade+-+sistema+internacional+de+repress%C3%A3o>>. (Acesso em 11 de abril de 2014)

BASSOUINI, M. Cherif. Crimes against humanity. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. (Edição Kindle).

CARTA DE LONDRES.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. 2014. www.cnv.gov.br (acesso em 11 abril 2014)

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS

ESTATUTO DE ROMA

GODOY, Marcelo. A casa da vovó. São Paulo: Alameda, 2014.
LEI 6.683/1979 (Lei de Anistia)

PINHEIRO, Paulo Sérgio. O STF de costas para a humanidade. Folha de São Paulo, edição de 10 de maio de 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996
TRATADO DE SEVRES.