

A LEI DA ANISTIA

Alan Victor Rosseto Biroli
Rafael Guerreiro Galvão

RESUMO: O presente artigo é uma pesquisa bibliográfica sobre os direitos humanos, em especial a Lei da Anistia. Depois da ditadura militar no Brasil e dos crimes cometidos em sua vigência, muito ainda se discute sobre a necessidade ou não da punição para aqueles criminosos, que se encontram amparados pela Lei da Anistia (lei nº 6.683/79), e que por ela tiveram todos seus atos praticados perdoados, esquecidos. O primeiro capítulo aborda a legislação. O presente artigo, utilizando-se do método dedutivo e indutivo, com base em pesquisa bibliográfica, buscou mostrar a gravidade daqueles crimes praticados, os efeitos que geram até hoje, o que alguns países estão fazendo em relação a isso e a repercussão gerada pelo mundo. Por fim, o presente artigo traz sua fundamentação e posiciona-se buscando uma solução que julga correta em relação ao tema tratado.

Palavras-chave: anistia; direitos humanos; ditadura; tratados internacionais e tortura.

1 O SURGIMENTO DA LEI DA ANISTIA

A Lei da Anistia surge no contexto já da transição para a democracia. O Governo Militar sentia a pressão de diversos setores sociais para a abertura política já há algum tempo; movimentos sociais, a Igreja Católica, setores políticos e a própria sociedade enquanto movimento desorganizado (opinião pública) faz o governo ceder e começar a esperada transição, que nas palavras do próprio presidente que a iniciou, Ernesto Geisel (1974 -1979), se daria de forma “lenta, gradual e segura”, o que novamente marcaria as importantes mudanças políticas ocorridas em nosso país com o traço de não haver grandes rupturas e de não haver a presença decisiva de seu povo na tomada de decisões.

O ano era de 1979, a presidência era exercida pelo general do Exército, João Baptista Figueiredo (1979– 1985) que viria a ser o último presidente militar da história de País, e o único a percorrer todo território para fazer a sua campanha eleitoral, o que já demonstrava os novos ares que circundavam a república, porém a censura, assassinatos, as prisões, perdas de cargos, cassações, e a própria tortura ainda continuavam no cotidiano de nosso país; o sistema político

só admitia dois partidos, a ARENA (base governista) e o MDB que aglutinava toda a oposição legalizada, sistema esse que afastava diversos setores políticos do cenário nacional, seja pela inatividade (como parte do antigo PTB), seja pela clandestinidade (como o PC do B por exemplo), o Congresso eleito foi marcado pelo chamado Pacote Abril (1977), que diminuía as chances da própria oposição através de novas regras eleitorais, como diminuição do número de deputados em estados em que a Arena era mais fraca, mudanças nas regras das campanhas e a figura do chamado senador biônico (1/3 dos senadores seria escolhido através de colégios eleitorais que contavam com o domínio claro e seguro da ARENA), aliás biônico também eram diversos prefeitos e governadores do país, a luta armada era vista por muitos setores da esquerda como a única maneira que lhes restava para deter os militares e os políticos conservadores, é nesse momento que começa a surtir efeito a grande pressão social e política para que o governo anistiasse os diversos líderes exilados, na verdade banidos de sua própria pátria, e soltasse os diversos presos que assim se encontravam por razões acima de tudo políticas.

A Lei da Anistia surge, então, como o resultado da luta da sociedade e oposição contra a postura autoritária do governo, não surge de um sentimento de cooperação e esquecimento mútuo, recíproco e bilateral entre oposição/sociedade e governo, mas da grande pressão da oposição, dos presos políticos e exilados, por uma lei que os retirasse do sufocamento e neutralização por que passavam, dessa maneira, ao sancioná-la, o governo militar, não compõe seus interesses com a oposição, na verdade ele é obrigado a ceder perante ela, “cessão esta que, nas palavras de João Gilberto Coelho “encontra grandes resistências no meio militar e governista como um todo, principalmente, no tocante ao fato de a anistia ter a conotação de ser ampla, geral e irrestrita”¹, o que era a principal bandeira da oposição como um todo, seja a do MDB, seja a clandestina ou mesmo dos movimentos sociais organizados.

¹ Coelho, João Gilberto. Anistia: 20 anos, página 40. Editora Instituto Teotônio Vilela(2000)

1.1 Lei da Anistia – Uma imposição unilateral

Tudo isso nos leva a constatar que a referida lei, a nº 6.683/79, a chamada Lei de Anistia, não é um verdadeiro acordo bilateral marcado pela concessão voluntária de ambas as partes como os militares e sociedade. Embora possa ser passada essa falsa idéia, se trata da imposição de certa forma até podemos dizer unilateral de uma lei por uma oposição e por uma sociedade constantemente humilhada e oprimida pelo seu governo. Portanto, a anistia “ampla, geral e irrestrita” tem seu ‘mens legislatoris’ nos ideais da própria oposição (não na vontade de concessão e reconciliação dos militares e seus apoiadores). Essa oposição que mesmo em situação de desigualdade e inferioridade consegue com a lei seu perdão, perdão este forçado e que se estendia e ainda hoje se estende apenas aos crimes políticos, crimes com ele conexos e relacionados. Foi este o significado da Lei da Anistia de 1979.

Uma vitória da oposição e pela oposição em que nunca a dignidade da pessoa humana entrou no balcão de negócios, mesmo porque isso seria impossível, pois ninguém tem legitimidade para assim proceder(em nome de toda a humanidade), a não ser a própria humanidade

2 OS DIREITOS HUMANOS

2.1 Breves Noções

Os Direitos Humanos firmam-se no atual contexto jurídico na visão do professor Goffredo Telles Júnior, não mais como direitos naturais, imutáveis e inerentes à pessoa humana. Eles já se encontram numa fase de previsão legal no plano internacional, ou seja, eles foram positivados/objetivados não sendo mais pertinente e necessária a discussão sobre se existem ou não os direitos naturais. Todo esse posicionamento teve como marco a Declaração universal dos Direitos Humanos de 1948 que contou ainda com uma maior força jurídica a partir do pacto Internacional dos Direitos Cívicos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos,

Sociais e Culturais, ambos datados de 1966 durante a Assembléia-Geral da ONU em Nova York.

Dentro daquele núcleo de direitos e valores básicos a que todos devem respeito, citados na parte referente ao Direito Internacional, certamente, os mais importantes são os direitos humanos. Porém, se faz necessário no presente estudo uma maior definição do que sejam, de fato, tais direitos. A definição que tem por base os estudos do mestre em Direito Internacional, Valério de Oliveira Mazzuoli, é composta por sete tópicos²:

1. São titulares dos direitos humanos todas as pessoas, bastando apenas ter condição de ser humano para exigí-los
2. São direitos fundamentais que tem como conteúdo material a dignidade da pessoa humana
3. Tem como a melhor maneira de invocá-los, não mais a teoria dos direitos naturais, mas sim os tratados internacionais, que neste aspecto, o aspecto de proteção dos direitos humanos, alcança força jurídica de se sobrepor às Constituições Nacionais e assim às próprias soberanias se disto resultar uma norma mais favorável à dignidade humana
4. Tem por princípios basilares a inviolabilidade da dignidade, o da autonomia da pessoa e o da dignidade da pessoa
5. São direitos irrenunciáveis, ou seja, nem seus próprios titulares podem dele dispor
6. São inalienáveis pela lógica de que se não podem ser retirados nem por seus titulares, tanto mais por terceiros
7. São inexauríveis, ao passo que bem adota nossa Carta Magna em seu artigo 5º, parágrafo 2º, o que será objeto de apontamento no próximo tópico do presente artigo (a hierarquia constitucional dos tratados)
8. Vale ainda acrescentar que os direitos humanos são marcados não somente pelos direitos individuais, mas também pelos econômicos e sociais, sendo que estes últimos tiveram importantes contribuições em sua redação na Declaração Universal por parte do representante soviético Bogmolov.
9. Outro ponto fundamental na questão é que o relativismo cultural não pode ser invocado na apreciação da questão dos direitos humanos. Tal posicionamento foi o escolhido na Conferência de Viena sobre os Direitos Humanos (1933) em que o discurso foi polarizado pelos EUA de um lado defendendo a universalidade dos direitos humanos e a China do outro, sustentando a tese do relativismo dos direitos humanos, segundo a qual se deve levar em conta nesta problemática as particularidades históricas, religiosas e culturais de cada estado. A tese defendida pelas nações ocidentais saiu vitoriosa e os direitos humanos fizeram assim jus a sua denominação, ou seja, não foram relativizados de acordo com cada cultura, mas sim universalizados de acordo com o traço elementar da humanidade presente em todos os povos e culturas

² Mazzuoli, Valério de Oliveira. Direito Internacional, pagina 86. Editora América Jurídica(2001)

2.2 Os Direitos Humanos como Normas Positivas

Por último, acrescenta-se que os Estados signatários de tratados relativos aos direitos humanos, ao passo em que abrem mão de uma parcela de sua soberania para se comprometerem reciprocamente (Estados com Estados e Estados com os seres humanos como um todo), não podem justificar-se pelo seu inadimplemento com a justificativa de limitações ou mesmo contradições entre as normas internacionais e os seus respectivos ordenamentos jurídicos internos, algo que é muito citado pela doutrina dos internacionalistas e que podemos ver no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados> “ Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. O que é essencial para fugirmos das teorias, puramente, legalistas que seriam capazes de legitimar e deixar impunes diversas violações à dignidade da pessoa humana como os crimes de lesa-humanidade de genocídio e de tortura apenas alegando a atipicidade de tais condutas e o cumprimento de leis nacionais, argumentos, estes, inclusive que vem constantemente sendo utilizados para deixar impunes aqueles que, cruelmente, torturaram outros ser humano e que nos faz perder a chance de corrigir o passado e evitar erros futuros como este, ao passo em que consideramos as normas internacionais sobre os direitos humanos não apenas como normas proibitivas e negativas (de não fazer, de não violar, de não desrespeitar), mas sim como normas também positivas que inclui a prevenção de tais crimes através de grandes exemplos dos quais o melhor é a prisão, como forma de combatê-los e evitá-los.

3 O DIREITO INTERNACIONAL

Há tempos discute-se se há ou não um sistema legal internacional ao qual todos os ordenamentos jurídicos e com isso a própria soberania nacional estariam vinculados e até mesmo subordinados. O presente artigo não tem o intuito de se aprofundar nesse tema, do qual falaremos, brevemente, apenas para dimensionar e localizar nossa fundamentação jurídica pertinente à responsabilização

dos torturadores, através da demonstração da necessidade de se cumprir e fazer valerem todos os tratados internacionais assinados e ratificados pelo nosso país.

Não comungamos do entendimento de que a soberania nacional deve-se submeter, total e radicalmente, ao chamado Direito Internacional, na qual os diversos Estados que por ele são ligados são todos partes iguais do mesmo ordenamento jurídico, sacrificando assim sua soberania política em prol do bem de toda a comunidade internacional de Estados, até mesmo por que neste caso não teríamos soberania alguma, haveria apenas uma autonomia política, o que iria de encontro ao artigo 41C, inciso I de nossa carta Magna, que deve nortear todo o nosso pensamento e posicionamento jurídico, e que zela pela chamada “independência nacional”(nas palavras do próprio constituinte) e de encontro também ao próprio artigo 1º de nossa Constituição que diz ser um dos fundamentos da República: a soberania(inciso I).

Porém, defender uma soberania absoluta, que não sabe se posicionar no atual sistema globalizado e que vê o outro Estado apenas como um mero inimigo, um concorrente, sendo, então, impossível a visualização de interesses em comum e de um conceito de justiça que transcendam as pequenas fronteiras nacionais, “seria um retrocesso jurídico e até mesmo histórico, onde perderíamos a oportunidade de encontrar pontos globais em comum e com isso melhorar a qualidade de vida de todos os cidadão”³ do planeta a começar pela dos próprios nacionais caindo por vez o velho e anacrônico conceito de soberania pertinente somente há Nove séculos atrás.

O Direito Internacional deve, então, não se sobrepor às Constituições nacionais, mas sim entrar em consenso com as mesmas, com elas se entrelaçar e correlacionar e assim achar pontos interessantes e convergentes a todos os Estados e num segundo plano, e até mesmo mais importante que o primeiro, convergentes a todos os seres humanos, pois antes de alguém ser ligado a qualquer uma das nações existentes no globo, essa pessoa é ligada ao gênero humano.

E é nessa linha que muito apropriadamente versa a Constituição Italiana em seu artigo 11:

³ Trindade, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, página 149. Editora Porto Alegre (1997)

[...] L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo[...].

Ao dizer que a Itália “consente em condições de reciprocidade com outros Estados nas limitações de soberania necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações”. Desse modo, adotamos, então, a perspectiva monista internacionalista (de Hans Kelsen) de modo suavizado, onde o conceito de independência limitada é melhor definido pelo conceito de interdependência jurídica e política entre as nações.

Procurar o equilíbrio entre a ordem jurídica interna e internacional deve ser o grande desafio dos Estados, atenta-se, nesse contexto, para a nobre função dos tribunais que tem a missão de acharem os pontos indispensáveis, de extrema importância e que devem ser compactuados por todos os Estados, sempre se respeitando a reciprocidade e a igualdade entre as partes, para a partir daí estabelecer um núcleo de direitos e valores ao qual todos devem se subordinar e zelar pelo seu cumprimento, seja dentro ou fora de sua jurisdição, núcleo este que com certeza trará como grande estrela dentro do ramo do direito internacional, os direitos humanos.

3.1 A Hierarquia dos Tratados Internacionais

Muito se discutiu sobre a hierarquia dos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos dentro do ordenamento jurídico de nosso país até o ano de 2004, ano da aprovação da emenda constitucional 45.

Sendo divergentes os posicionamentos e não encontrando muita aceitação nos principais tribunais do País, a tese de que tais tratados tinham hierarquia constitucional e integravam o rol de direitos e garantias fundamentais, conforme entendimento de diversos internacionalistas e militantes da área de direitos humanos. É o caso de Flávia Piovesan, para quem o constituinte decorrente brasileiro aprovou, através da emenda constitucional 45(2004) o acréscimo de um

novo parágrafo, o parágrafo 3º, ao artigo 5º de nossa Carta Magna, que pacificou o tema e garantiu de uma vez por todas a hierarquia de emenda constitucional aos tratados relativos aos direitos humanos.

Tal parágrafo trouxe imensa contribuição ao nosso Direito, pois agora tais tratados, que são tão importantes para se realizar um dos fundamentos de nossa República (artigo 1º, inciso III), que é a dignidade da pessoa humana, podem se sobrepor a qualquer norma que lhe contrarie no direito pátrio, e além disso estas normas são, como várias normas do artigo 5º, auto-aplicáveis e petrificadas.

Vale lembrar que tal tratamento também vai totalmente na linha do que é pregado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948) e que esse tratamento é dado somente aos tratados internacionais sobre direitos humanos e não a todo e qualquer tratado, o que é bem defendido e esclarecido por Flávia Piovesan, em sua última entrevista à revista Conjur (Consultor Jurídico) ao dizer que não faz sentido dispensar um tratamento igualitário a um tratado que versa sobre a dignidade da pessoa humana e outro sobre o comércio internacional de abacaxis por exemplo, destacando, é claro, todo o humor e a sutileza do argumento.

4- O CRIME DE TORTURA, UM CRIME DE LESA-HUMANIDADE E SUA DEVIDA PUNIÇÃO

4.1 – A Tortura e sua Punição em Nossos Países Vizinhos

4.1.1 Argentina: ditadura, torturas e punição

Foi o golpe que derrubou a presidente argentina Isabel Perón, pelas forças armadas, em 24 de março de 1976, que levou a Argentina a mais brutal e sanguinária ditadura da América do Sul.

Dentre os vários argumentos expostos pelos militares tentando explicar o motivo de tanta violência, o principal deles é de que uma guerrilha estava controlando grande parte do país. Deve-se, nesse momento, esclarecer que a pequena guerrilha argentina, mais especificamente a que era protagonizada pelo ERP (Exército Revolucionário do Povo), dominava somente uma pequena porcentagem da província de Tucumán, a menor província da Argentina (localizada

no norte do país). A magnificação da guerrilha elevou o prestígio dos guerrilheiros e por isso não era conveniente a nenhum dos lados (guerrilheiros e militares) admitir de que o controle real da guerrilha era ínfimo. Desse modo, os militares continuavam com o mesmo pretexto e com muito exagero chegaram a afirmar que o país estava passando por uma guerra civil.

Evidente que não, haja vista que uma guerra civil teria conflitos de proporções mais substanciais; isto é: bombardeios de cidades, grandes êxodos de refugiados, centenas de milhares de mortos, o país dividido, assim como ocorreu na Guerra Civil Espanhola ou também na Guerra de Secessão dos EUA e isso definitivamente não ocorreu na Argentina da década de 70.

Alguns fatos ocorridos nesse período chamam a atenção e mostram o porquê de a ditadura argentina ter sido considerada a mais sanguinária da América do Sul. Como exemplo temos, segundo estimativas de ONGs e órgãos de defesa dos direitos humanos, que entre 1976-1983 calcula-se que os militares assassinaram cerca de 30 mil civis, entre eles, crianças e idosos. A ditadura ainda teria sido responsável pelo seqüestro de 500 bebês, filhos das mães desaparecidas. As principais modalidades de assassinato e tortura eram;

- Jogar pessoas vivas, desde aviões, sobre o rio da Prata ou o Oceano Atlântico.

- Juntar prisioneiros, amarrados, e dinamitá-los.

- Fuzilamento.

Hoje, a atual presidente argentina, Cristina Kirchner, juntamente com outros órgãos de direitos humanos reclamam a aceleração dos processos desses casos. Segundo um próprio relatório da justiça argentina, o ex-presidente de fato Reynaldo Bignone e outros cem militares acusados de crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura argentina (1976-1983) serão julgados ainda este ano. O número de acusados já ultrapassa o número de 250, sendo que somente 41 deles já tiveram sua condenação. Esses dados foram elaborados pela Unidade Fiscal de Coordenação e Acompanhamento das Causas por Violações aos Direitos Humanos, subordinada à Procuradoria geral das Nações.

Além desses acusados, países como França, Alemanha, Itália e Israel se preparam para encaminhar a Argentina pedidos de extradição para julgar os extorturadores. Houve também, alguns países que quiseram julgar por si só esses torturadores, como no caso de Israel que enviou uma resolução até o primeiro

ministro Ariel Sharon para que julgasse ex- militares argentinos que cometeram crimes contra judeus na ditadura. Para os militantes de organizações de defesa dos direitos humanos, os torturadores devem ser punidos em qualquer país. A lei de Obediência Devida perdoava aqueles militares que cumpriram ordens ao participar da repressão e a lei do Ponto Final proibia a Justiça de aceitar denúncias de violações. Essas leis foram aprovadas sob pressão durante o governo do presidente Raúl Alfonsín.

Desde a revogação destas, os ex-torturadores têm sido julgados e condenados.

No ano de 2007, um caso surpreendente veio ao conhecimento mundial. O ex-padre da polícia argentina Christian Von Wernich foi condenado à prisão perpetua por crimes contra a humanidade. Ele foi culpado de sete homicídios, 31 casos de tortura e 42 seqüestros, além de ter sido acusado de torturar o falecido jornalista Jacobo Timerman, fundador e diretor do jornal La Opinión, na década de 70. Von Wernich foi preso em 2003, depois da anulação das leis de anistia na Argentina e julgado em 2007.

4.1.2- Chile: ditadura, torturas e punição

Poucos anos antes ao golpe militar na Argentina, mais exatamente em 11 de setembro de 1973, as forças armadas do Chile sob o comando do então general Augusto Pinochet, deram um dos mais violentos golpes militares da história latino americana.

Salvador Allende, presidente chileno na época, percebendo a inutilidade de sua resistência e para evitar maior derramamento de sangue, matou-se. Iniciava-se no Chile uma longa ditadura militar que só terminaria 17 anos depois, ditadura essa que foi festejada politicamente pelo governo norte-americano de Richard Nixon, pois foi esse golpe que serviu de ponto final da política exterior dos EUA contra o socialista presidente chileno Allende.

Não diferente de seu país vizinho (Argentina), o Chile, nesse período, deixou um saldo de 3.197 mortos, dentre os quais 1.192 teriam sido presos desaparecidos. Os dados são do Relatório Retting, divulgado pela Comissão de

Verdade, Justiça e Reconciliação, em 1991. Essa comissão, criada em 1990, em um dos atos iniciais do primeiro governo civil eleito após a ditadura, foi presidida pelo jurista e senador Raul Retting, era composta por oito membros. Teve o mérito de atestar oficialmente as violações aos direitos humanos que ocorreram durante o regime militar.

Ao receber o relatório, o presidente Patricio Alwin remeteu-o aos tribunais ordinários da justiça Chilena. Centenas de processos iniciaram-se para cada um dos casos comprovados. Tal ato tornou-se uma referencia internacional em matéria de direitos humanos.

Dada a extrema importância do relatório Retting, líderes políticos lançaram a idéia de criar uma segunda comissão oficial para continuar o trabalho da primeira. Assim, em 11 de novembro de 2003, o então presidente Ricardo Lagos assina o decreto supremo N: 1.040 e cria a Comissão Nacional sobre Prisão Política e Tortura. Tal comissão tinha o objetivo de identificar quem sofreu privação de sua liberdade ou algum tipo de tortura pelos agentes estatais.

A comissão conclui que as torturas cometidas pelo general Pinochet, durante a ditadura, envolveu todas as áreas das forças armadas. Houve atos de torturas para cerca de 30.000 presos políticos, segundo relatório divulgado e setembro de 2004. Este documento será usado como base para futuras compensações econômicas as vitimas.

Quando interrogado, em 2006, pelo magistrado Alejandro Solis, responsável pelo caso, Augusto Pinochet negou sua responsabilidade no caso de torturas durante seu governo. O magistrado interrogou o general durante uma hora para determinar sua participação em 23 casos de tortura e 36 sequestros. O ex-ditador livrou-se de ir até o final do julgamento alegando deterioração de sua saúde e desconhecimento dos atos de torturas. Pinochet faleceu aos 91 anos, em dezembro de 2006, no hospital militar de Santiago, onde foi levado as pressas após sofrer um ataque cardíaco.

Recentemente o Chile condenou alguns torturadores daquele período. Precisamente, foram 24 torturadores condenados. As penas foram estabelecidas pela juíza Ema Diaz para 24 oficiais e suboficiais da policia, todos os reservistas, sob os crimes de seqüestro, homicídio e tortura de 31 opositores a ditadura do general Pinochet.

Um deles, o coronel Adrian Fernandez, condenado a prisão perpétua, cinco deles a 20 anos de prisão, quatro a 15 anos e os outros a penas menores. Fontes

A juíza se negou a aplicar anistia e prescrição aos autores das violações aos direitos humanos e chegou a incluir em sua sentença a condenação a torturas praticadas contra nove prisioneiros que conseguiram sobreviver.

Outros processos ainda correm na justiça chilena, sem resolução até então. Na verdade, o que importa é que esses países que sofreram com a ditadura e suas respectivas torturas tomaram e estão tomando medidas contra os torturadores de sua nação. Punindo os crimes contra a humanidade e trazendo justiça àqueles prejudicados na época.

5 A TORTURA

5.1 Tortura como Injusto Penal Internacional

5.1.1 Bens jurídicos protegidos

Quando as nações se uniram para proclamar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e nela cristalizaram a proibição veemente da tortura, o que se almejava proteger, certamente, não era aquele indivíduo(em si) que tinha grandes sofrimentos infligidos ao seu corpo e à sua mente, mas sim muito mais que isso, visava à todo o gênero humano em sua essência, ou seja, o bem jurídico protegido pela norma proibitiva da tortura que se encontra positivada em diversos tratados e convenções internacionais e mesmo em uma série de ordenamentos jurídicos internos, é a dignidade da pessoa humana.

Não podemos negar que há uma proteção à integridade física e moral do torturado, ou mesmo, uma proteção à sua vida. Mas em essência, o que se proíbe é a negação a uma pessoa de sua qualidade de humano, proíbe-se a

instrumentalização do ser humano como um mero meio de se atingir seus fins (inferiores aos meios no caso) do Estado.

“Na tortura, sedimenta-se, portanto, um atentado à dignidade humana, à medida que se nega ao torturado a sua condição de pessoa, transmutando-o em mero objeto”⁴

5.1.2 Sujeitos

O sujeito passivo do injusto penal é em primeiro plano a própria humanidade lesada ao ver a dignidade da pessoa humana desprezada e violada, e também o próprio indivíduo, instrumentalizado e transformado em um mero objeto sofrendo as maiores dores físicas e morais imagináveis.

Em segundo plano do sujeito passivo temos o próprio Estado, devido ao seu interesse e até mesmo dever de garantir aos seus cidadãos a sua integridade física e moral intocadas, e manter sua dignidade como ser humano preservada.

O Estado Democrático de Direito é sujeito passivo do injusto da tortura “enquanto sujeito interessado em que se respeitem as garantias nos procedimentos públicos investigatórios e punitivos”.⁵

No outro pólo da relação jurídica, ou seja, como sujeito ativo da relação jurídica criada pelo injusto penal, temos uma qualidade especial do agente do tipo, que é a de ser funcionário público ou estar exercendo a função pública.

Quanto a essa qualidade especial, vale notar que houve grande debate no plano jurídico durante a Convenção de 1984 (Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes) entre a delegação francesa que pretendia ampliar o tipo a qualquer pessoa, não levando em consideração a qualidade do autor. Venceu a posição estadunidense que só permite estender o tipo a um particular, se este assim agir instigado por funcionário público.

Vale notar que o Direito Brasileiro, não exige a qualidade de funcionário público para a prática da tortura, indo na contramão da corrente majoritária internacional.

⁴ Coimbra, Mário. Tratamento do Injusto Penal, página 135

⁵ GRIMA LIZANDRA, Vicente. Op. Cit. Página 80.

5.1.3 Tipicidade objetiva e subjetiva

A conduta desvalorada e criminalizada consiste no fato do agente público infligir a uma determinada pessoa, de forma extrema, dores e sofrimentos físicos e mentais de modo a visar um dos fins mencionados no artigo 1º da Convenção de 84.

O núcleo do tipo da tortura está representado pelo verbo infligir, denotando “o sentido de aplicar à vítima atos agressivos ou direcionar-lhe aparatos que lhe causem acentuadas dores ou sofrimentos físicos ou mentais”.⁶

Pode ainda, confundir a tortura, com o trato degradante e os tratos desumanos. A diferença no plano quantitativo se localiza no fato de que em um nível inferior temos os tratos degradantes, num nível médio, os tratos desumanos e num nível superior a tortura.

Qualitativamente a tortura deve atender a uma dessas finalidades:⁷

- a) Finalidade indagatória: que visa obter da vítima informações ou confissões
- b) Finalidade de castigar a vítima devido a um ato que ela cometeu ou que se suspeite ter cometido
- c) Finalidade de intimidar (mera atemorização) ou coagir (para fazer ou deixar de fazer alguma coisa) o torturado
- d) Por qualquer motivo baseado em discriminações de qualquer natureza

Ou seja, para haver a tortura o sofrimento deve estar no mais alto patamar e vir acompanhado com uma das quatro finalidades supracitadas.

⁶ Coimbra, Mário. A Tortura Como Injusto Penal Internacional, página 139.

⁷ Coimbra, Mário. A Tortura Como Injusto Penal Internacional, página 143.

5.1.4 Excludentes

É explícito nas diversas convenções internacionais e no mesmo sentido a doutrina é ,praticamente, unânime em afirmar que não há nenhum interesse superior ao direito de não ser torturado e não há nenhum bem jurídico superior à dignidade da pessoa humana capaz de amparar causas justificantes da tortura. A tortura é de um modo geral injustificável.

O próprio artigo 4º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura diz que o fato de o agente “haver agido por ordens superiores não o eximirá da responsabilidade penal correspondente”, o que, derruba e invalida o grande e desembasado argumento dos torturadores brasileiros da ditadura militar de que eles apenas seguiam ordens do alto comando do Exército. Cabe-se, portanto, nesse caso, não a irrelevância jurídica em relação à conduta de todos estes agentes(torturadores diretos e comando do Exército) como eles pretendem, mas sim a responsabilização, a punição de todos eles.

6 Brasil: Ditadura, torturas e a busca pela punição (a fundamentação jurídica)

Após falarmos do contexto da Lei da Anistia, da importância dos Direitos Humanos, dos Acordos Internacionais dos quais o Brasil é signatário e assim se compromete a combater a tortura, e do verdadeiro exemplo de Justiça que nossos vizinhos Chile, Argentina e Uruguai vem dando ao punir seus violadores de Direitos Humanos chega a vez de falarmos de nosso país, que só tem perdido tempo e oportunidades de encarar e retificar o seu passado e assim dar um exemplo ao mundo e ao futuro de que crimes de lesa-humanidade jamais podem ser admitidos, e caso ocorram devem ser exemplarmente punidos para que não venham novamente a acontecer e chocar a humanidade.

A tortura, pela brutalidade do crime e pela situação a que fica submetida a vítima, se enquadra certamente nos crimes que não ofendem apenas àquela pessoa que passa por tamanha dor e humilhação, e nem somente àquela nação que tem um de seus filhos brutalmente violentado, mas ofende sim a todo o gênero humano, a toda a humanidade que vê nesse delito sua situação de ser

humano ser negada e desprezada, com tratamentos que nem mesmo animais, pelas atuais leis ambientais, estão permitidos de sofrer.

Significa a negação total do sistema democrático, que enfoca o “indivíduo como fim em si mesmo, cuja dignidade e humanidade não podem sacrificar-se em favor de pretendidos interesses superiores pela simples razão de que não há maior interesse que a salvaguarda da integridade moral das pessoas”.⁸

O Brasil como signatário da Convenção de Haia de 1907 e por pertencer à ONU ser também um país que reconhece o Estatuto do Tribunal de Nuremberg(1945) já tinha incorporado ao seu sistema jurídico o conceito do que eram os crimes de lesa-humanidade muito antes do começo da Ditadura de 1964, ademais, como anteriormente mencionado, o Brasil, também devido à sua condição de membro da Organização das Nações Unidas, desde 1948 deve respeito à Declaração Universal dos Direitos do Homem que prevê em seu artigo V a proibição da tortura ou de qualquer outro tratamento desumano, cruel e degradante. Ou seja, durante a ditadura o Brasil descumpria acordos internacionais, e pior, descumpria o mais importante deles(a Declaração Universal dos Direitos Humanos), que na verdade, é o marco da luta internacional pelo respeito à dignidade da pessoa humana e de seus conseqüentes direitos, os chamados direitos humanos.

Posteriormente à ditadura, mas que apesar disso deve iluminar e guiar todo o nosso posicionamento jurídico atual inclusive relativos a fatos pretéritos, ainda tivemos a ratificação pelo Brasil do Pacto Internacional dos Direitos Civis, do Pacto de San José da Costa Rica, da Convenção Contra a Tortura e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, acordos internacionais estes que condenam veementemente a prática da tortura e por conseguinte nos obrigam a cumprir o compromisso de preveni-los e reprimi-los sob pena de sermos omissos e inadimplentes perante nossas obrigações e deveres internacionais.

Além desses tratados, temos ainda o Tratado de Roma(2002) que foi ratificado pelo Brasil e que em seu artigo 7º ao taxar os crimes considerados de lesa-humanidade elenca a tortura entre eles, temos ainda entendimento jurisprudencial internacional de que a tortura nunca poderá ser considerada um crime político, sendo sempre crime de lesa-humanidade e por último, e talvez o mais importante dos diplomas legais que nos permitem e até mesmo obrigam a punir os

⁸ SANZ, Jesus Barquin. Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes, página 10.

torturadores, temos a Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 1º, inciso III trás a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República e de nosso ordenamento jurídico, e também o artigo 5º, inciso XLII que diz ser a tortura crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia invalidando juridicamente qualquer posicionamento no sentido de que a Lei da Anistia abrange os casos de tortura.

Além disso, cabe ressaltar ainda, no tocante aos tratados internacionais, que quando um Estado se compromete a não permitir a tortura dentro de seu território(como fez o Estado brasileiro nos vários tratados internacionais acima demonstrados),tal compromisso tem núcleos de ações positivas e negativas, ele não apenas se compromete a não permitir que ela, a tortura, ocorra, fazendo-a cessar/parar caso algum caso seja constatado(ações negativas), mas se compromete também, implicitamente, a punir quem assim procede, até mesmo como forma de prevenção para que tais crimes não ocorram novamente(ações positivas).

Porém, muito se indaga no meio jurídico a respeito da relação da punição a tais violadores dos direitos humanos, os torturadores “oficiais” da ditadura de 64, e o principio da legalidade e anterioridade da lei penal, resumido na expressão em latim “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” que vem inclusive descrito em nossa Constituição no artigo 5º, inciso XXXIX(não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal). Tais indagações são muito pertinentes e cabíveis ao assunto, porém, ao lembrarmos de tal tal principio, o da anterioridade da lei penal, devemos lembrar de como e por que ele surge, ou seja, devemos investigar a sua gênese no mundo jurídico. E ao fazermos tal investigação, poderemos observar que ele surge com o intuito de proteger “ o fraco” indivíduo, “o fraco” cidadão, das arbitrariedades do “todo poderoso” soberano, do “todo poderoso” Estado, que sem limites aos seus poderes jurídicos poderia incriminar qualquer um como bem entendesse, não restando ao cidadão nem mesmo a possibilidade de saber se a conduta que então praticava era ou não incriminada pelo Direito Penal, podendo então a qualquer momento, momento este totalmente entregue à vontade do Estado arbitrário, ser punido pelo que nem sabia ser crime, ou seja, o principio da anterioridade da lei serve para proteger o cidadão das arbitrariedades do poder do Estado, tendo em vista desigualdade de forças entre os mesmos, e não para proteger o Estado e seus oficiais(na verdade,

verdadeiros capangas) das atrocidades cometidas contra o indefeso cidadão e contra toda a humanidade.

Quando se usa o argumento da anterioridade da lei para defender os torturadores da Ditadura Militar de 64, na verdade inverte-se a função primitivamente dada a tal princípio, a sua função é virada do avesso, e usada de modo oposto ao concebido quando por exemplo, em pleno Século das Luzes (Iluminismo), os franceses o escrevem na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), o que se está fazendo, ao utilizar tal argumento é proteger o Estado de suas atrocidades, e com isso tornar impunes as barbáries que sofreram os cidadãos que lutavam por um país democrático, livre do conservadorismo e do falso legalismo militar. O princípio da anterioridade da lei, não pode ser desvirtuado de sua real intenção e finalidade.

Ademais, é sabido que quando há uma antinomia, um choque entre dois valores constitucionais, no caso três (o respeito à dignidade da pessoa humana e o combate a tortura de um lado e o princípio da legalidade de outro) não há nenhum invalidado pelo outro, há na verdade, como nos ensina os grandes mestres constitucionalistas, uma necessidade de medi-los e ver qual seria mais conveniente de ser aplicado ao caso, equilibrando-os e dando uma aplicação oportuna à situação e que chegue o mais próximo o possível da verdadeira Justiça.

Violadores dos Direitos Humanos e o próprio Estado arbitrário e ditatorial, não podem se esconder atrás de ordenamentos jurídicos cruéis ou, como no caso em questão, omissos para ficar impunes e não servirem de exemplo para, através da função preventiva da pena, evitarem que se cometa novamente tais crimes, como muito bem expôs o ex-secretário geral da ONU, Kofi Annan: “ Em nenhum país o governo tem o direito de se esconder atrás da soberania nacional para violar os direitos do homem e as liberdades fundamentais dos habitantes deste país”. Caso contrário, poderíamos dizer que Hitler e seus seguidores nazistas não cometeram crime algum, apenas cumpriam a lei de seu país. Ora, alguns tipos de crimes não prescindem de lei alguma para se saber que são crimes, para se saber que ferem o direito das pessoas, e, além disso, este não é o caso dos torturadores brasileiros, pois como já nos foi dito, a tortura já era abertamente reconhecida pelo Estado brasileiro como crime na Declaração dos Direitos do Homem de 1948, 16 anos antes do começo da ditadura.

O Brasil, desde 48 já é membro da ONU, e em 1966 já havia o entendimento internacional de que os direitos humanos são universais, pertencendo a qualquer humano e em qualquer situação, não podendo haver exceções ou medidas diferenciadas relativas a diferenças culturais e políticas, tal tese, defendida arduamente pelo sanguinário governo chinês, foi derrotada pela do governo estadunidense, que conseguiu vencer com a tese da universalidade, que está em vigor até hoje.

Vale ainda lembrar que a Lei da Anistia de 79 foi criada pela oposição, através de duras batalhas sociais e políticas, e para a oposição, não se encontrando no legítimo, sincero e honesto mens legislatoris, ou intenção do legislador dessa lei, a anistia àqueles que violaram direitos humanos, até mesmo porque tais direitos não podem por grupo político algum ser levados ao balcão de negócios, haja vista que pertencem a toda a humanidade e não só a um grupo ou um país. Tal sentimento, o de punição aos torturadores só não foi levado expressamente à lei, pois no momento isso não poderia ser feito devido às forças do governo, através de sua base eleitoral da ARENA(que contava inclusive com senadores biônicos) e devido ao risco de isso atrasar a democratização do país, o que acabou resultando numa inepta lei de auto-anistia por parte dos governistas, o que eu é expressamente condenado por organismo e tribunais internacionais.

Podemos ainda ressaltar que, a Convenção de Genebra, da qual o Brasil é signatário e outros documentos baseados nos Direitos Humanos e no Direito Humanitário, não permite o tratamento desumano como a tortura nem mesmo em época de guerra ou de situações excepcionais, não subsistindo motivo algum para nós permitimos isto contra nossos nacionais e ainda mais em época em que não tínhamos guerra alguma.

Devido a todos estes argumentos, que são frutos de uma visão jurídica atualizadas e compatibilizadas com a atual constituição(1988), com a atual sociedade democrática em que vivemos e com os diversos tratados sobre direitos humanos, que como já se viu, possuem hierarquia constitucional ,é possível sim haver a responsabilização dos torturadores, e mais do que isso, tal responsabilização é um dever do Estado brasileiro, é um compromisso de nosso Estado para com toda a comunidade internacional(seja com os outros Estados, ou mesmo diretamente com os próprios seres humanos: Estado e Estado , Estado e humanidade como um todo), não sendo, a Lei da Anistia, empecilho jurídico algum

para tal responsabilização, tendo em vista que seus efeitos nunca poderão abranger os direitos humanos de modo a violá-los e não permitir a punição de quem os desrespeitou.

Além disso, ou seja, além de ser possível e devida juridicamente a tal responsabilização, ela se mostra no atual cenário político do Brasil, mais do que realizável e aconselhável. Realizável pois estamos em um nível de maturidade e estabilidade política que permite ao nosso país, punir seus torturadores sem que isso coloque em risco a ordem constitucional de nosso país e em risco a própria democracia que nos foi arrancada e violentada junto com a Ditadura militar e suas barbáries como a tortura.

Dizemos ser aconselhável, pois segundo estudos da professora e cientista política norte-americana Kathryn Sikkink, professora da Universidade de Minnessota, que comparou países latino-americanos marcados por ditaduras no passado recente, os países que puniram os atos que violaram os direitos humanos durante seus períodos ditatoriais, tem atualmente mais sucesso no respeito a tais direitos e combates às suas violações. Além disso seria um modo de corrigir uma página tão triste de nossa história, que não deve ser esquecida, como muitos defendem, mas encarada seriamente e passada a limpo, pois isso significaria um recado ao futuro, um recado às futuras gerações de governantes brasileiros, para que respeitem seus cidadãos, e os direitos humanos como um todo, pois caso contrário, eles não poderão ficar escondido atrás de ordenamentos jurídicos abusivos e omissos, não poderão se auto perdoar, nem se esconder atrás de covardes leis da anistia que tentam colocar no balcão de negócios os direitos de toda a humanidade e muito menos se esconder atrás da soberania de uma nação que se pretende democrática, eles serão sim punidos, mais cedo ou mais tarde.

Portanto, está na hora do Brasil punir seus torturadores, antes que aconteça aqui, o que houve com nossos vizinhos sul-americanos que antes de começaram a ter a coragem para punir os crimes lesa-humanidade ocorridos em seu território, portanto, sob sua jurisdição, começaram a ver seus criminosos , vergonhosamente, tendo que ser processados por tribunais de outros países diante da omissão estatal, foi o que houve com Pinochet que teve ordem de prisão internacional decretada por um juiz espanhol.

Grupos de direitos humanos já estão se articulando no sentido de buscar tribunais e outros órgãos internacionais para que atitudes relativas aos crimes cometidos pela

Ditadura Militar, entre eles e até em primeiro plano de preocupação o crime de tortura, sejam punidos servindo então como uma mensagem de prevenção para que não voltem a acontecer. Vale lembrar ainda do apoio dos atuais ministros da Justiça e dos Direitos Humanos, Tarso Genro e Paulo Vanucchi, à discussão jurídica sobre a responsabilização penal dos torturadores.

Para se ter noção da dimensão da tortura no Brasil, segundo dados reconhecidos pela própria União, durante o regime militar 1918 prisioneiros políticos foram vítimas de torturas, sendo que foram empregados 283 métodos diferentes de praticá-la.⁹

Outras interessante questões sobre o tema ainda podem ser lembradas, apesar de que, por não serem o objeto principal deste estudo, não poderão ser aprofundadas, mas que apesar disso são igualmente necessárias a retificação de uma lamentável, antidemocrática e desumana página de nossa história. São elas a responsabilização civil dos torturadores, que já conta com entendimento favorável por parte do Ministério Público Federal, que juridicamente encontra grande respaldo e que consiste em ações de regresso dos valores pagos pela União, baseadas no artigo 37, parágrafo 6º da CF, em virtude de torturas e assassinatos perante seus executores, na maioria militares do exército como o comandante Brilhante Ustra, que é alvo de uma ação civil pública do MPF nesse sentido.

Outro ponto a ser discutido é o da responsabilização penal dos agentes do Estado em virtude dos homicídios, em virtude das execuções que eles praticaram, que, por hora comungamos não ser possível, em virtude de não constituírem crimes de lesa-humanidade como a tortura constitui e pelo fato de já se encontrarem sob efeitos da prescrição. Porém, há uma alternativa muito plausível nesses casos, que é a da responsabilização pelos ocultamentos de cadáveres, ocultamentos estes que existem até hoje e que, jurisprudencialmente, são considerados crimes permanentes, ou seja, estão nos dias de hoje ocorrendo, sendo plenamente, passíveis de punição.

Porém, estas outras questões, como já dito, foram apenas, breve e superficialmente, apontadas, podendo ser objetos de futuros estudos e apontamentos, que este, por se restringir à tortura (crime de lesa-humanidade) não tem o intuito de aprofundar.

⁹ Brasil, Ministério da Justiça. Primeiro relatório relativo à implementação da Convenção Contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes no Brasil, página 20.

7- Conclusões.

Sendo assim, ou seja, comprovada a obrigação do Estado brasileiro para com a comunidade internacional em reprimir, combater e punir aqueles crimes que atentem contra a dignidade da pessoa humana, entre os quais é exemplo clássico a tortura, e ainda mais, demonstrada a validade no ordenamento jurídico pátrio de tais obrigações, que inclusive são avalizadas e acentuadas expressamente pelo texto constitucional, e com isso a vinda da existência de uma possibilidade jurídica de agir de modo a punir os antigos torturadores, condições estas ainda somadas a um ambiente político-institucional de normalidade e estabilidade democráticas capaz de suportar o peso político de tal atitude, fica evidente que os torturadores do regime militar devem sim ser responsabilizados pelos seus atos de barbárie e crueldade cometidos no período ditatorial.

É chegada à hora do governo brasileiro encarar seu sujo e cruel passado de frente, sem ter medo do que pode descobrir e se ver obrigado a fazer, e assim, corrigir o seu passado (ou ao menos chegar o mais próximo o possível de fazê-lo) de modo a se posicionar, claramente, através de um ato acima de tudo estatal e não, meramente partidário, contra seu passado ditatorial, antidemocrático e violador dos direitos humanos.

Posições ambíguas e meramente teóricas como as até agora tomadas são insuficientes e podem nos levar à humilhação de organismos estatais tomarem a nossa frente diante de tamanha omissão e falta de coragem.

O Estado brasileiro, onde aí se inclui não apenas o Executivo, como também o Legislativo, o Judiciário e o próprio Ministério Público, deve ter uma posição clara e, principalmente, ativa na defesa dos direitos humanos, no combate às suas violações e na punição de seus violadores, no caso os torturadores.

Como diria Freud, não é ignorando ou tentando esquecer um problema que ele desaparecerá da vida de um indivíduo. Pelo contrário, devemos enfrentá-lo e só esquecê-lo quando ele realmente for entendido, combatido e então, eliminado. Senão, teremos um problema, aparentemente descartado e sem importância, mas que atuará, constante e secretamente, em diversos de nossos atos nos influenciando enormemente sem mesmo que percebamos. O mesmo raciocínio serve para a sociedade como um todo. Não é esquecendo a ditadura e seus atos

violadores através de uma forçada Lei da Anistia que teremos um país mais democrático, estável e justo.

O gérmen da ditadura e da tortura e sua impunidade continuam na consciência popular e política do país, inclusive diversos políticos e torturadores da época ainda ocupam importantes cargos no cenário nacional de hoje, e assim a tortura é encarada como algo totalmente tolerável em nossos organismos policiais, abrindo um perigoso precedente para futuras utilizações políticas de tal prática. Por isso devemos enfrentar logo essa mancha em nosso passado, devemos então entender o que se passou naquele momento em que a condição de ser humano foi negada a centenas de pessoas, combater essas violações por mais antigas que sejam e com isso dar um recado ao nosso presente e ao nosso futuro; de que nós brasileiros, não toleramos o desrespeito à dignidade humana seja qual for o momento político em que o país esteja passando.

E caso elas venham a, novamente, ser praticadas como uma política maciça e sistemática de Estado, inclusive como o vem sendo em diversas delegacias do país, mais cedo ou mais tarde tais atos serão revistos e punidos, servindo, por sua vez como uma nova correção ao passado e um verdadeiro recado ao futuro democrático.

A impunidade dos torturadores é absurda, não encontrando elementos políticos, e nem jurídicos para a sua existência. Quanto mais demoramos para acabar com ela, mais demonstramos sermos covardes e perdemos tempo e oportunidade de contribuir com os direitos humanos, o direito internacional e colocar assim o Brasil no rol dos países que , realmente, se curvam acima de tudo à dignidade da pessoa humana e à democracia. Aliás, como todos Estados deveriam fazer caso objetivassem, de fato, a verdadeira Justiça social e global: dar aos seus cidadãos respeito à sua condição humana e liberdade para o exercício de suas atividades democráticas.

Bibliografia

COELHO, João Gilberto. Anistia: 20 anos. Editora Instituto Teotônio Vilela, ano 2000

COIMBRA ,Mario. Tratamento do Injusto Penal da Tortura. Editora Revista dos Tribunais, ano 2002

COLLIER, David (org.) - O Novo Autoritarismo na América Latina - Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1982.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Internacional. Editora América Jurídica, ano 2001

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Internacional., 4ª edição. Editora Max Limond, ano 2000

ROUQUIÉ, Alain - O Estado Militar na América Latina - Editora Alfa-Omega, São Paulo, 1984

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito internacional Dos Direitos Humanos. Editora Porto Alegre, ano 1997

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Editora Saraiva, ano 1991