

V O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** -

1. Do relatório

Trata-se de ação por descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual questiona o § 1º do art. 1º da Lei 6.683, de 298 de agosto de 1979, conhecida como *Lei de Anistia*, que ostenta a seguinte redação:

"Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta. De fundações vinculadas ao poder público, aos servidores dos Poderes Legislativos e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política" (grifei).

O autor da ação pretende, em síntese, que esta Suprema Corte interprete o referido dispositivo legal "à luz dos preceitos e princípios fundamentais consagrados na

Constituição Federal", visto que a "interpretação corrente, nos pretórios e fora deles, ofende frontalmente" o que neles se contém.

Ressalta, mais, que a redação do § 1º do art. 1º do citado diploma normativo *"foi redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-repticamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra os opositores políticos ao regime militar"*.

Sublinha, ainda, que essa ambigüidade se mostra patente, sobretudo no ponto em que o texto legal atacado emprega a expressão "crimes conexos", visto que o conceito de conexão, no campo do direito penal substantivo, revela a comunhão de propósitos e objetivos na prática de ilícitos distintos, falando-se, quando o agente é um só, em concurso material ou formal de delitos. Já na seara do direito penal adjetivo, assenta que só é possível reconhecer-se a conexão na hipótese em que os agentes atuam uns contra os outros, mas, mesmo assim, apenas para o efeito de unificação da competência jurisdicional, cuidando-se de regra de natureza meramente processual.

Assim, segundo o autor, não poderia ter havido, do ponto de vista técnico-jurídico, conexão *"entre crimes*

políticos cometidos pelos opositores do regime militar e os crimes comuns contra eles praticados pelos agentes da repressão e mandantes no governo".

Finaliza, pugnando pela procedência da ação para que o Tribunal dê à Lei 6.683/1979, "uma interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar."

A Advocacia Geral da União, nas informações, manifestou-se, em preliminar, pelo não conhecimento da ação, opinando, no mérito, por sua improcedência. A Procuradoria Geral da República, por sua vez, formulou parecer no sentido do conhecimento do pedido, defendendo, no entanto, quanto ao mérito, a improcedência deste.

O Ministério Público Federal afastou a preliminar de não conhecimento, levantada pela AGU, destacando, em especial: (i) que "não há necessidade, no caso, de comprovação de existência de controvérsia judicial sobre a aplicação de preceito fundamental, mas sim de demonstração de uma controvérsia jurídica (em qualquer sede) sobre a validade da norma questionada ou

interpretação", e (ii) que a "matéria da prescrição não prejudica o mérito da ADPF", pois "apenas se ultrapassada a controvérsia sobre a previsão abstrata da anistia é que se abrirá a oportunidade para a verificação da prescrição".

2. Das preliminares

Entendo que assiste razão à PGR, no tocante ao conhecimento do pleito veiculado nesta ADPF. Com efeito, embora a Lei nº 6.683/1979 não tivesse incluído, de forma expressa, em seu âmbito de abrangência os crimes comuns, o pedido do autor desta ação afigura-se legítimo pelo fato de se haver consolidado na comunidade jurídica brasileira o entendimento segundo o qual os crimes cometidos por agentes estatais e por aqueles que buscavam o fim do regime de exceção, instaurado no País a partir de 1964, teriam natureza ou motivação política ou, então, ostentariam tal caráter por força da denominada conexão. Em razão disso, estariam, todos, indistintamente, cobertos pela anistia.

A ausência de ações penais contra os agentes do Estado pela prática de crimes comuns durante o período estabelecido na Lei 6.683/1979, qual seja, entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, está a revelar que se generalizou a impressão, entre os operadores do Direito, de que a anistia teria abrangido todas as condutas

delituosas praticadas naquele lapso temporal. Em outras palavras, ela englobaria, genericamente, os vários atores do cenário político de então, de modo a abortar, ainda no nascedouro, qualquer iniciativa de responsabilização criminal individualizada.

A propósito da prescrição, também entendo, tal como a Procuradoria Geral da República, que se cuida de matéria a ser examinada antes da eventual abertura de ação penal, não interferindo na análise abstrata do preceito legal atacado nesta ADPF.

Recordo, ademais, que esta Suprema Corte decidiu, na Extradução 974, da qual sou redator para o acórdão, originalmente distribuída ao Min. Marco Aurélio, que o crime de seqüestro, possivelmente seguido de homicídios, tem caráter permanente. Ou seja, o resultado delituoso protrai-se no tempo, enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade ou os seus restos mortais não forem encontrados. Isso quer dizer que os respectivos prazos prescricionais somente começam a fluir a partir desses marcos temporais.

Cuidava-se, na espécie, de pedido de extradição feito pelo Governo argentino, afinal deferido em parte, envolvendo um ex-major uruguaio, homiziado no Brasil,

alegadamente integrante da denominada Operação Condor, organização secreta criada, ao que consta, para perseguir adversários políticos dos regimes militares implantados na Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai, o qual teria participado de operações clandestinas que culminaram no seqüestro e desaparecimento de diversas pessoas levadas a uma fábrica desativada onde eram submetidas a interrogatórios e torturas.

Naquele julgamento entendi, sendo acompanhado por outros integrantes do Tribunal, que o delito de associação ilícita estava prescrito, consignando, todavia, que

"(...) embora tenham passado mais de trinta e oito anos do ato imputado ao extraditando, as vítimas até hoje ainda não apareceram, nem tampouco os respectivos corpos, razão pela qual não se pode cogitar, por ora, de homicídio.

Esses sequestros podem, em tese, ainda, subsistir. Portanto estamos diante de um crime de caráter permanente."

No mesmo sentido, o Min. César Peluso, em substancial voto-vista, que alterou os rumos daquele julgamento, asseverou, na ocasião, o seguinte:

"Em relação à prescrição, o problema que aventei, que cuído ter examinado à luz dos arts. 6º e 7º do Código Civil, é que, para que

seja admitida a prescrição, seja tanto para efeitos civis, como para efeitos penais, a presunção de morte tem de ser objeto de uma sentença, que, entre outras coisas, deve fixar a data provável do falecimento, porque sem tal sentença permanece sempre a dúvida. E, neste caso, nós nos remetemos, já não para a hipótese de morte presumida, mas para o instituto da ausência, que tem tratamento normativo completamente diferente e no qual não se presume morte alguma.

Noutras palavras, o que temos, no caso, para fixar o termo inicial da prescrição? O grande problema é esse. Eu seria muito propenso a reconhecer a prescrição, desde que me demonstrem haja algum dado que indique que, em determinado momento, de lá para cá, as vítimas foram mortas. Faleceram no mês tal, provavelmente de tal, diante de tal e qual circunstância, ou faleceram no ano tal. A partir daí começaria a contar o prazo da prescrição."

3. Da delimitação da controvérsia

Ultrapassada a preliminar de não conhecimento, registro que a *quaestio iuris* discutida nesta ação limita-se a esclarecer se os agentes do Estado, que alegadamente praticaram ilícitos penais comuns, na época do regime de exceção, estariam ou não abrangidos pela Lei de Anistia, por serem crimes conexos aos delitos políticos ou, ainda, porque foram, segundo alguns, praticados com motivação política.

Os limites da controvérsia, a meu ver, foram bem delineados na manifestação da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, que,

fazendo um retrospecto do processo de elaboração, tramitação e aprovação da Lei nº 6.683/1979, assim resumiu a questão:

"(...) ponto essencial do projeto da Lei da Anistia refere-se à deliberada omissão no tocante aos crimes praticados por agentes públicos contra opositores do regime, como lesão corporal, atentado violento ao pudor, homicídio, ocultação de cadáver e tortura. Trazer expressamente a previsão da concessão de anistia aos agentes que cometeram tais crimes, ainda que em disposição genérica, representaria a confissão de sua prática (...). Por outro lado, expressamente excluí-los da anistia, além de ser diretamente contrário aos interesses do regime, teria o mesmo efeito do reconhecimento, o que justificou a rejeição de emendas em ambos os sentidos, tanto que incluíam quanto que excluíam da anistia os agentes públicos que praticaram crimes comuns contra os opositores.

Assim, a Lei da Anistia, deliberadamente, não trouxe a previsão de anistia aos agentes do Estado que praticaram crimes comuns contra os opositores do regime de exceção" (grifos no original).

De fato, a Lei de Anistia, longe de ter sido outorgada dentro de um contexto de concessões mútuas e obedecendo a uma espécie de "acordo tácito", celebrado não se sabe bem ao certo por quem, ela em verdade foi editada em meio a um clima de crescente insatisfação popular contra o regime autoritário.

A perda de sustentação do regime, como lembram os estudiosos, remonta à chamada "crise do petróleo",

ocorrida em 1973, acompanhada de um brusco e acentuado aumento nos preços do produto, que acarretou uma inesperada desestabilização na economia internacional, com pesados reflexos para o Brasil, levando, em especial, ao recrudescimento da inflação, combatida mediante restrições ao crédito, a redução de investimentos públicos e o controle de preços e salários, dentre outras medidas. ¹

A recessão econômica que se instalou no País a partir de 1974, caracterizada, sobretudo, pelo aumento dos índices de inflação e desemprego, deflagrou inúmeros protestos, ao longo dos anos seguintes, de operários, estudantes, religiosos, intelectuais e profissionais liberais por todo o País, inclusive de setores que até então emprestavam sustentação ao regime, todos exigindo a volta ao Estado de Direito. ² Um dos eventos mais significativos nesse sentido foi a leitura da *Carta aos Brasileiros*, elaborada pelo Prof. Goffredo da Silva Telles, em agosto de 1977, que contou com milhares de assinaturas, no pátio Faculdade de Direito do Largo São Francisco,

¹ Veja-se, dentre outros, SINGER, Paul. *Crise do "Milagre": Interpretação crítica da Economia Brasileira*. 4^a. ed.. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978; e PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Estado e Subdesenvolvimento Industrializado: Esboço de uma Economia Política Periférica*. São Paulo: Brasiliense, 1977.

² Sobre o tema, leia-se a entrevista de Hélio Jaguaribe ao jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 18.05.80, p. 133.

assinalando o "*fim da complacência dos juristas com o regime*".³

Também do exterior foram veiculados inúmeros protestos, por parte de governos, organizações internacionais e de outras entidades, a exemplo do Senado italiano, do *Bundestag* alemão, da Organização dos Estados Americanos, da Anistia Internacional, do Conselho Mundial de Igrejas e da Pontifícia Comissão de Justiça e Paz do Vaticano. Possivelmente a pressão de maior impacto tenha vindo dos Estados Unidos, que, a partir da Administração Carter, iniciada em 1977, pautou a sua política pelo respeito aos direitos humanos, levando, inclusive, ao rompimento do acordo militar que mantinha com o Brasil.⁴

O crescimento da insatisfação popular e o acirramento das dissidências dentro do próprio sistema de poder, na realidade, refletiam uma série crise de legitimidade.⁵ As pressões e tensões daí decorrentes atingiram níveis tais que passaram a ameaçar a própria sobrevivência do regime, convencendo os seus próceres de que era chegada a hora de promover mudanças no modelo político-institucional, embora de forma controlada. Essa

³ Revista *Veja*, nº 527, pp. 59-65.

⁴ A revista *Veja*, nº 445, pp. 20-27, relata o confronto entre o Brasil e os Estados Unidos no campo dos direitos humanos.

⁵ Veja-se, a propósito, ABREU, Hugo de. *O Outro lado do Poder*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979; e *Tempo de Crise*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

foi a origem da denominada "abertura lenta e gradual", iniciada pelo General Ernesto Geisel, que culminou na convocação da Assembléia Constituinte, precedida da edição da Lei nº 6.683/1979

4. Da eventual conexão

Antes de adentrar na discussão do tema, permito-me recordar uma famosa frase de Thomas Hobbes segundo o qual "*o legislador não é aquele por cuja autoridade as leis pela primeira vez foram feitas, mas aquele por cuja autoridade elas continuam a ser leis*".⁶ Essa assertiva, a meu sentir, sinaliza que a magna tarefa de interpretar o preceito legal aqui contestado exige que se ultrapasse a nebulosa indagação acerca da *voluntas legislatoris* - perdida em um passado remoto, e cuja aferição assume contornos eminentemente subjetivos, porquanto depende da ótica particular dos distintos exegetas - e se passe a examinar a *voluntas legis*, cuja aferição se faz a partir de critérios hermenêuticos mais objetivos.

Verifico, assim, que a atecnia, proposital ou involuntária - não importa agora - da redação do § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/1979, no ponto em que alude à

⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. 4ª ed. Vol. XXVI, p. 219.

conexão entre crimes comuns e políticos, para o efeito de estender a anistia aos agentes estatais, vem causando, por sua inegável equivocidade, desde quando veio a lume, considerável perplexidade dentre aqueles buscaram interpretá-lo.

Ora, como se sabe, o sistema penal e processual brasileiro somente contempla as seguintes hipóteses de conexão: (i) conexão material: concurso formal, material ou crime continuado (CP, arts. 69, 70, 71); (ii) conexão intersubjetiva por simultaneidade: duas ou mais infrações praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem acordo mútuo de vontades, conhecida como "autoria colateral" (CPP, art. 76, I, primeira parte); (iii) conexão intersubjetiva por concurso: duas ou mais infrações praticadas por várias pessoas em concurso, mediante acordo mútuo, embora diverso o tempo e o local (CPP, art. 76, I, segunda parte); (iv) conexão objetiva: duas ou mais infrações praticadas, quando uma delas busca facilitar ou ocultar a prática da outra (CPP, art. 76, II); (v) conexão probatória: quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influírem na prova de outra infração (CPP, art. 76, III); e (vi) conexão intersubjetiva por reciprocidade: duas ou mais infrações

praticadas, por várias pessoas, umas contra as outras (CPP, art. 76, I, última parte).⁷

Dessas hipóteses de conexão, somente as duas últimas poderiam, em tese, emprestar algum sentido ao conceito, de idêntico *nomem iuris*, abrigado na Lei de Anistia, visto que as demais demandam uma unidade de desígnios ou de condutas entre os agentes.⁸ Ocorre que a conexão probatória e a conexão por reciprocidade não se aplicam à espécie, pois constituem meras regras de competência processual, destinadas à unificação de processos, objetivando facilitar a instrução e evitar decisões conflitantes. A simples menção à conexão no texto legal contestado, à toda evidência, não tem o condão de estabelecer um vínculo de caráter material entre os crimes políticos cometidos pelos opositores do regime e os delitos comuns atribuídos aos agentes do Estado, para o fim de lhes conferir o mesmo tratamento jurídico.

Destarte, embora o legislador de 1979 tenha pretendido caracterizar, para o efeito da anistia, a conexão material entre ilícitos de natureza distinta praticados por pessoas diferentes e em circunstâncias diversas, com o objetivo ensejar a absorção das condutas

⁷ BOTINI, Pierpaolo Cruz e TAMASAUSKAS, Igor. Acerca do debate sobre a Lei de Anistia. *Justiça e Cidadania*, fevereiro de 2009, p. 38.

⁸ *Idem, loc.cit.*

delituosas comuns pelos crimes políticos, não é difícil constatar que tal desiderato, ao menos do ponto de vista técnico-jurídico, não logrou ser bem sucedido.

Lauro Joppert Swenson Junior, nessa mesma linha, de mais forma sintética, anota o seguinte:

"A conexão delitiva pode ser considerada sob o aspecto material ou processual. Sob o aspecto material, ela é o reconhecimento de um liame entre vários crimes praticados por um mesmo agente, em concurso material. Ou seja, reconhece-se que dois ou mais crimes praticados por um agente, mediante mais de uma ação ou omissão estejam relacionados entre si teleológica, consequencial ou ocasionalmente.

*Sob o aspecto processual, a conexão delitiva é o instituto de processo penal, através do qual considera-se haver conexão entre vários crimes, cometidos pelo mesmo agente ou por agentes diferentes, para que seus processos corram perante um mesmo juízo. Ou seja, os crimes considerados conexos passam a ser julgados por um mesmo tribunal."*⁹

A partir de uma perspectiva estritamente técnico-jurídica, pois, não há como cogitar-se de conexão material entre os ilícitos sob exame, conforme pretenderam os elaboradores da Lei de Anistia, porquanto não é possível conceber tal liame entre os crimes políticos praticados pelos opositores do regime de exceção e os delitos comuns

⁹ SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia Penal: problemas de validade da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79)*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 189.

alegadamente cometidos por aqueles que se colocavam a seu serviço, visto inexistir, com relação a eles, o necessário nexu teleológico, consequencial ou ocasional exigido pela doutrina para a sua caracterização.¹⁰

Mas, embora essa questão ainda possa despertar certa perplexidade entre aqueles que, hodiernamente, se debruçam sobre a questão, o seu deslinde não suscitou maiores dificuldades para esta Suprema Corte.

De fato, no RHC 59.834, julgado pela egrégia Segunda Turma, em que se discutiu a conexão entre o crime de deserção e certos delitos políticos, cobertos pela anistia, praticados por um militar, o colegiado decidiu, com base no voto divergente do Min. Cordeiro Guerra, amparado na doutrina estrangeira, em especial na francesa, que o primeiro deles, de índole comum, configurou apenas um meio para o cometimento dos demais. Quer dizer, para o Tribunal, a conexão entre delitos de natureza diferente somente fica evidenciada se uns forem empregados como meios para a consecução de outros. Na expressão de Robert Charvin, trazida à colação pelo prolator do voto vencedor, "*dont ils ne sont que les moyens d'accomplissement*".¹¹

¹⁰ Cf. também MARQUES, José Frederico, *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, Saraiva, pp. 371-375.

¹¹ CHARVIN, Robert, *Justice et Politique*, 1968, p. 430, conforme citação do Min. Cordeiro Guerra.

Nas palavras do Min. Cordeiro Guerra,

"(...) a deserção ocorreu no tempo em que o recorrente praticava crimes políticos. Mesmo para os partidários da teoria objetiva (aquele que leva em conta a natureza do interesse jurídico lesado ou exposto a perigo), seria forçoso admitir que a deserção se não foi um crime meio, foi certamente ato praticado para facilitar a execução dos crimes políticos que vieram a ser anistiados."

Descartada, assim, a possibilidade da ocorrência de conexão entre os aludidos crimes, nos termos aventados pela Lei 6.683/1979, cumpre agora verificar se os delitos supostamente praticados pelos agentes do Estado eram de natureza política ou possuíam motivação política ou, ainda, se comuns, foram de alguma forma absorvidos por estes últimos.

5. Dos crimes comuns

Não adentro - por desnecessária, a meu ver, para o presente debate - na tormentosa discussão acerca da ampla punibilidade dos chamados *crimes de lesa-humanidade*, a exemplo da tortura e do genocídio, definidos em distintos documentos internacionais,¹² que seriam imprescritíveis e

¹² Dentre outros, nos seguintes documentos internacionais: Convenção de Haia, Estatuto do Tribunal de Nüremberg, Estatuto de Roma, que criou o

insuscetíveis de graça ou anistia, e cuja persecução penal independeria de tipificação prévia, sujeitando-se, ademais, não apenas à jurisdição penal nacional, mas, também, à jurisdição penal internacional e, mesmo, à jurisdição penal nacional universal.

É que, de acordo estudiosos do assunto, vários seriam os delitos comuns possivelmente praticados por agentes do Estado, durante o regime autoritário, todos tipificados no Código Penal de 1940, vigente à época, destacando-se dentre eles os seguintes: (i) crimes contra a vida e integridade corporal: homicídio (art. 121), lesões corporais (art. 129), maus-tratos (art. 136); omissão de socorro (art. 135); (ii) crimes contra a liberdade individual: privação arbitrária de liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado (art. 148), constrangimento ilegal (art. 146), ameaça (art. 147), violação de domicílio (art. 150); (iii) crimes contra o patrimônio: furto (art. 155), dano (art. 163), apropriação indébita (art. 168); (iv) crimes contra o respeito aos mortos: destruição ou ocultação de cadáver (art. 211); (v) crimes contra a liberdade sexual: estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214); (vi) crimes de falsificação: falsificação de documento público (art. 297), atestado falso por médico

(art. 302); (vii) crimes contra a administração pública: concussão (art. 316), violência arbitrária (art. 322), abuso de autoridade (art. 350), condescendência criminosa (art. 320).¹³

A tipificação de tais delitos, na maioria dos casos, também estava reproduzida, inclusive quanto às respectivas penas, nos Códigos Penais Militares de 1944 e 1971, que vigoraram durante todo o regime de exceção, e aos quais se sujeitavam todos os militares e pessoas legalmente assemelhadas a eles.¹⁴

O mesmo se diga quanto ao delito de tortura. Embora este crime tenha sido formalmente tipificado apenas a partir da Lei nº 9.455/1997, a sua prática, evidentemente, jamais foi tolerada pelo ordenamento jurídico republicano, mesmo aquele vigente no regime de exceção. Não bastasse a previsão da lei penal ordinária, que sancionava, dentre outros crimes, as lesões corporais e os maus-tratos, a Lei nº 4.898/1965, definia - e ainda define, pois continua em vigor -, em seus arts. 3º e 4º, as hipóteses de abuso de autoridade, arrolando, dentre elas, o atentado à incolumidade física ao indivíduo e de submissão

¹³ V., por exemplo, SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia Penal: problemas de validade da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79)*, cit., pp. 62 e 63.

¹⁴ *Idem, loc.cit.*

de pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou constrangimento não autorizado em lei. E mais: o art. 5º caracteriza como autoridade aquele que "exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração". Além disso, o art. 6º estabelece que "o abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa, civil e penal".

Ainda que se admita, apenas para argumentar, que o País estivesse em uma situação de beligerância interna ou, na dicção do Ato Institucional nº 14/1969 - incorporado à Carta de 1967, por força da EC nº 1/1969 - enfrentando uma "guerra psicológica adversa", "guerra revolucionária" ou "guerra subversiva", mesmo assim os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado.

6. Dos crimes políticos e crimes conexos na jurisprudência do STF

Visto isso, registro que, para solucionar a questão aqui debatida, faz-se necessário revisitar o entendimento desta Suprema Corte no tocante à distinção entre crimes políticos e crimes comuns, construído, sobretudo, ao longo dos julgamentos relativos às

extradições, no exercício da competência que a Constituição Federal lhe atribui no art. 102, I, g, com as limitações impostas pelo art. 5º, LII.

Começo relembando o voto do Min. Sepúlveda Pertence no HC 73.451, em que este consignou o quanto segue:

"Certo é que, tendo em vista o direito positivo brasileiro, a Lei nº 7.170, de 1983, para que o crime seja considerado político, é necessário, além da motivação e dos objetivos políticos do agente, que tenha havido lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no artigo 1º da referida Lei nº 7.170, de 1983, ex vi do estabelecido no art. 2º desta. É dizer, exige a lei lesão real ou potencial à integridade territorial e à soberania nacional (art. 1º, I), ou ao regime representativo e democrático, à Federação e ao Estado de Direito (art. 1º, II), ou à pessoa dos chefes dos Poderes da União (art. 1º, III). O tipo objetivo inscreve-se, está-se a ver, no inciso II do art. 2º, enquanto que o tipo subjetivo no inciso I do mesmo art. 2º, certo que a motivação e os objetivos do agente devem estar direcionados na intenção de atingir os bens jurídicos indicados no art. 1º" (DJ 6/6/1997).

Já o Min. Celso de Mello, na Extradicação 855, conhecida como *Caso Norambuena*, assim se pronunciou:

*"A noção de criminalidade política é ampla. Os autores costumam analisá-la em face de posições doutrinárias que reduzem a teoria do crime político a um dualismo conceitual, que distingue, **de um lado**, o crime político absoluto ou puro (é o crime político em sentido próprio)*

e, **de outro**, o crime político relativo ou misto (é o delito em sentido impróprio). **Aquele**, traduzindo-se em ações que atingem a personalidade do Estado, ou que buscam alterá-lo ou afetar-lhe a ordem política e social (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, 'op. cit.', p. 609; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, '**Princípios Básicos de Direito Penal**', p. 135, item n. 119, 3ª ed., 1987, Savaiva, 'inter plures'); **este** - o crime político em sentido impróprio - embora exprimindo uma concreta motivação político-social de seu agente, **projeta-se** em comportamentos geradores de uma lesão jurídica **de índole comum**.

(...)

É inegável a delicadeza do tema concernente aos **crimes comuns conexos com os delitos políticos**. Essa questão **resolve-se** pelo critério da preponderância ou da prevalência. **Se** os crimes comuns, dentro desse vínculo de conexidade, **ostentarem** caráter hegemônico, **porque** mais eminentes e expressivos, ou subordinantes, até, da prática dos ilícitos políticos, **deixará de incidir** qualquer causa obstativa do deferimento da postulação extradicional.

Impende assinalar, bem por isso, **naquelas hipóteses** em que o fato dominante - ainda que **impregnado** de motivação política - **constitua**, principalmente, infração da lei penal comum (**Lei nº 6.815/80**, art. 77, § 1º), **que será lícito**, a esta Corte, mediante concreta ponderação das situações peculiares de cada caso ocorrente, **reconhecer a preponderância** do delito comum, **para efeito de deferimento** do pedido extradicional" (grifos no original).

De sua parte, o Min. César Peluso, na Extradução 1.088, conhecida como Caso *Battisti*, ponderou que

(...) o Supremo Tribunal Federal, ao tratar de situações em que se cogita da natureza política ou comum dos delitos, para fins de extradição, tem, constantemente, tratado de forma absolutamente diferenciada os crimes

violentos, praticados contra a pessoa, especialmente no que respeita ao direito à vida e à liberdade. Ainda que a sua finalidade seja política, ou políticos os motivos, tais delitos, especialmente os chamados 'delitos de sangue', vêm sendo, sistematicamente, tratados como comuns, por exacerbarem os limites éticos das lutas pela liberdade e pela democracia.

É certo que a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, na solução dos casos concretos, nunca prescindiu, na jurisprudência da Corte, da análise do contexto político em que praticados os atos criminosos. Além do fato de o conceito de crime político ser relativo a cada ordenamento jurídico, situado historicamente, é importante considerar que o ato de insurgência política poderá ter qualificações completamente distintas se praticado em Estados autoritários ou em Estados democráticos.

Ausentes os elementos objetivo e subjetivo, adotados na teoria mista ou eclética, poderá estar descaracterizado o crime político. Presentes, entretanto, o bem jurídico violado e o móvel político do agente, poderão ser estes insuficientes, se abstraídos do contexto em que foi praticada a infração. Havendo Estado de Direito e os instrumentos que dele decorrem para a garantia dos cidadãos, não haveria justificativa, em princípio, para a caracterização do crime como político.

Retira-se da jurisprudência do Supremo, dessa forma, a conjugação de alguns critérios, que vêm norteando a análise dos sempre difíceis casos referentes aos denominados crimes políticos relativos. Na abordagem caso a caso (case by case approach), o Tribunal tem se valido, especialmente, do **sistema da preponderância e do critério da atrocidade dos meios**, sem deixar de valorar todas as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes na situação, com especial relevo para o contexto histórico, político e jurídico em que praticadas as infrações" (grifos meus).

No mesmo Caso *Battisti*, o Min. Gilmar Mendes, a partir de exaustiva pesquisa doutrinária e jurisprudencial, em substancioso voto-vista, anotou o seguinte:

"A doutrina não traz soluções definitivas para a difícil tarefa de conceituar o crime político. Alguns autores defendem que os crimes políticos seriam aqueles delitos que representam ameaça à segurança interna do Estado. Outros dão amplitude maior a essa noção, abrangendo os atos que atentam contra a segurança externa, ou seja, a própria soberania do Estado em sua relação com os demais Estados. Em face dessa indefinição semântica, há, ainda, autores que defendem medidas legislativas de positividade, nos tratados de extradição que celebrem entre si os Estados, de um rol taxativo de infrações que se caracterizem como políticas para fins de não extradição (Cfr.: *RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. A extradição no direito internacional e no direito brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: RT; 1981, p. 96-97*).

Existem na doutrina, também, as denominadas correntes objetivas e subjetivas quanto à definição do crime político. Por um lado, a corrente objetiva, baseando-se no bem jurídico protegido, defende que o crime político seria aquele praticado contra a ordem política estatal; por outro lado, a corrente subjetiva, fundada na intenção ou motivação do delinquente, afirma que são políticos os crimes praticados com finalidade política, com a intenção de modificação do regime político (móvel do agente). Na grande parte das vezes ambos os sistemas acabam se conjugando (Cfr.: *FRAGA, Mirtô. O novo Estatuto do Estrangeiro comentado. Rio de Janeiro: Forense; 1985, p. 302*), constituindo a denominada teoria mista ou eclética.

Divergem, também, as teses quanto à distinção entre delitos comuns e políticos. Talvez essa distinção seja uma das questões mais tormentosas no tocante à aplicação do princípio de não extradição por crime político. A possibilidade da coexistência das duas infrações - uma política e outra comum - levou a doutrina a criar as categorias dos delitos conexos e dos

delitos complexos. Os primeiros seriam aqueles em que seria possível verificar a concomitância dos dois delitos (político e comum), unidos por conexidade. Os segundos, por seu turno, seriam aquelas infrações em que, apesar de atingirem, simultaneamente, a ordem política e o direito comum, constituem ato único e inseparável em seus elementos.

Alguns autores, rechaçando essa distinção, tratam do tema por meio dos conceitos de delitos puramente políticos ou delitos políticos puros, cujo aspecto político é extremo de dúvidas, e os delitos relativamente políticos ou delitos políticos relativos, também conhecidos como delitos mistos, nos quais é possível identificar, concomitantemente, aspectos políticos e de direito comum (Cfr.: RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. A extradição no direito internacional e no direito brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: RT; 1981, p. 90).

Questão difícil diz respeito à aplicação da extradição aos delitos conexos e complexos, também denominados delitos mistos ou delitos políticos relativos, como abordado acima. Também sobre esse ponto a doutrina possui explicações distintas e divergentes. Pelo denominado sistema da separação, a identificação de delitos conexos, porém distintos (ou separáveis), torna viável a extradição pelo delito comum. O sistema do fim e do motivo, por seu turno, admite a extradição quando presentes infrações ao direito comum com motivação política, e, por outro lado, nega a extradição se a finalidade da infração for eminentemente política. O sistema da causalidade estabelece que os delitos mistos só podem ser afastados da extradição quando forem praticados por atos de verdadeira insurreição ou representarem a consequência de um motim. O sistema da predominância ou do fato principal, como a própria denominação indica, baseia-se na predominância da infração - a política ou a de direito comum - de forma que, preponderando o viés político, a extradição poderá ser afastada. Por último, o sistema de atrocidade dos meios permite a extradição se o crime político relativo constituir infração gravíssima ou hedionda, com emprego de violência (Cfr.: RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. A extradição no direito internacional e no direito brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: RT; 1981, p. 90).

(...)

O tratamento empírico ou a abordagem caso a caso (case by case approach) não impediu que as Cortes adotassem critérios para a análise do conceito de crime político, alguns deles incorporados em tratados e convenções internacionais e nas legislações de diversos países democráticos. Em muitos casos, esses critérios reproduzem algumas teses e conceitos desenvolvidos doutrinariamente, como apresentado acima, destacando-se, entre outros, os sistemas da predominância e da atrocidade dos meios; as teses objetiva, subjetiva e eclética; e os conceitos de crime político puro, por um lado, e relativo (conexo e complexo) por outro.

(...)

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, um dos critérios mais presentes encontra fundamento no sistema da preponderância - relacionado ao conceito de delito político relativo - adotado atualmente pela legislação brasileira no § 1º do art. 77 da Lei nº 6.815/80 e, anteriormente, pela Lei de Extradicação nº 2.416, de 1911, pelo Decreto-Lei nº 394, de 1938, e pelo Decreto-Lei nº 941, de 1969.

(...)

A aplicação do sistema da preponderância busca suas origens na jurisprudência do Tribunal Federal Suíço, que em três elementos principais condicionou, historicamente, a caracterização da predominância do caráter político do fato criminoso, conforme (...) demonstrou o Ministro Moreira Alves: a) a finalidade de atentar contra a organização política e social do Estado; b) a clara relação entre o ato e a finalidade de modificar a organização política e social do Estado; e c) o caráter do delito, cuja eventual atrocidade - elemento de direito comum - é capaz de afastar o enquadramento como crime político, ainda que presente o fim de atentar contra o Estado.

Conforme já se colhe dos julgados acima referidos, a jurisprudência brasileira adota, também, para fins de extradicação, o sistema da atrocidade dos meios, que é traduzido na regra segundo a qual o conceito de crime político não abrange ações violentas, marcadas pela crueldade, pelo atentado à vida e à liberdade (...).

(...)

Nessa linha, certas espécies de crime, independentemente de sua motivação ou de sua finalidade política, não constituem crimes políticos. É que, levada às últimas consequências a tese contrária, logo teríamos casos de estupro, pedofilia, genocídio ou tortura, entre outros, tratados como crimes meramente políticos, obtendo seus autores os benefícios decorrentes desse enquadramento.

A toda evidência, as ações violentas da Ku Klux Klan e os assassinatos de Martin Luther King, Chico Mendes e Dorothy Stang são exemplos de crimes com notórias motivações e implicações políticas, mas isso não é suficiente para considerá-los como crimes políticos.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal destacam-se os casos em que, na solução de difíceis problemas quanto à definição de crime político, **conjugam-se os critérios da predominância e da atrocidade dos meios** (grifos meus).

(...) o Supremo Tribunal Federal, ao tratar de situações em que se cogita da natureza política ou comum dos delitos, para fins de extradição, tem, constantemente, tratado de forma absolutamente diferenciada os crimes violentos, praticados contra a pessoa, especialmente no que respeita ao direito à vida e à liberdade. Ainda que a sua finalidade seja política, ou políticos os motivos, tais delitos, especialmente os chamados 'delitos de sangue', vêm sendo, sistematicamente, tratados como comuns, por exacerbarem os limites éticos das lutas pela liberdade e pela democracia.

O Ministro Francisco Rezek, ao proferir seu voto acompanhando o Ministro Paulo Brossard (Relator) na Extradição 615 (Caso Garcia Meza - Bolívia), assentava que 'não há um único argumento a indicar motivação política nos crimes de assassinato, de apropriação de terras públicas em proveito próprio e de familiares, de lesão ao erário em concorrências públicas por ele administradas. Tudo que aí temos é desenganada criminalidade comum: de político, só o cargo por ele exercido - de resto, mediante usurpação'.

(...)

Assim, o mesmo crime que, numa ditadura, pode vir a ser absolvido sob a forma de anistia, numa democracia, é crime mesmo, crime preponderantemente comum, ainda que a

motivação interior tenha origem numa hostilidade política. Caso contrário, qualquer indivíduo poderia tomar a lei em suas mãos, punir seu inimigo como lhe agradar e revestir seu ato de nobreza política. Situação em que a vida social assumiria a forma do mundo hobbesiano.

Por isso, a necessária análise do contexto sociopolítico em que foi praticado o ato capitulado como crime. Trata-se de elemento indispensável, pressuposto da própria aplicação da teoria mista ou eclética, segundo a qual, para a caracterização do crime como político, adotam-se os critérios objetivo - o bem jurídico violado pela ação (a segurança da ordem político-social do Estado, a própria manutenção do regime) - e subjetivo - que exige, à configuração, o móvel do agente, a intenção de suplantar o regime em vigor.

(...)

Retira-se da jurisprudência do Supremo, dessa forma, a conjugação de alguns critérios, que vêm norteando a análise dos sempre difíceis casos referentes aos denominados crimes políticos relativos. Na abordagem caso a caso (case by case approach), o Tribunal tem se valido, especialmente, do sistema da preponderância e do critério da atrocidade dos meios, sem deixar de valorar todas as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes na situação, com especial relevo para o contexto histórico, político e jurídico em que praticadas as infrações" (grifos no original).

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal vem fazendo uma clara distinção entre crimes políticos típicos, identificáveis *ictu oculi*, praticados, *verbi gratia*, contra integridade territorial de um país, a pessoa de seus governantes, a soberania nacional, o regime representativo e democrático ou o Estado de Direito, e crimes políticos relativos, que a doutrina estrangeira chama de *hard cases*, com relação aos quais, para caracterizá-los ou descartá-

los, cumpre fazer uma abordagem caso a caso (*case by case approach*). Essa abordagem, na jurisprudência da Corte, como registrado, deve guiar-se por dois critérios, a saber: (i) o da preponderância e (ii) o da atrocidade dos meios.

Ora, como a Lei de Anistia não cogita de crimes comuns, e emprega, de forma tecnicamente equivocada, o conceito de conexão, segue-se que a possibilidade de abertura de persecução penal contra os agentes do Estado que tenham eventualmente cometido os delitos capitulados na legislação penal ordinária, pode, sim, ser desencadeada, desde que se descarte, caso a caso, a prática de um delito de natureza política ou cometido por motivação política, mediante a aplicação dos critérios acima referidos.

Por essa razão, inclusive, afigura-se irrelevante que a Lei 6.683/1979, no tocante à conexão entre crimes comuns e crimes políticos, tenha sido, mais tarde, parcialmente reproduzida na EC nº 24/1985. Primeiro, porque, teoricamente, uma lei de anistia surte efeitos imediatos, colhendo todas as situações injurídicas consolidadas no pretérito. Logo, essa reprimenda revelou-se totalmente inócua para os fins pretendidos. Depois, porque os vícios que tisonavam o primeiro diploma legal persistiram integralmente no segundo, ainda que este ostentasse maior hierarquia no ordenamento legal. Por fim,

porque a Constituição de 1988, embora pudesse fazê-lo, não ratificou a tal anistia, preferindo concedê-la, em outros termos, para beneficiários distintos, no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

7. Da inafastabilidade da jurisdição

Outra, aliás, não poderia ser a conclusão, sob pena de impedir-se a apreciação dessas questões pelo Judiciário, em clara ofensa a um dos preceitos basilares da Carta Magna, abrigado no inc. XXXV de seu art. 5º, qual seja, o acesso universal à jurisdição.

Nesse passo, convém lembrar, também, que o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas já assentou que os Estados Partes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - ratificado pelo Brasil - têm o dever de investigar, ajuizar e punir os responsáveis por violações de direitos nele protegidos, assinalando especialmente que

"(...) nos casos em que algum funcionário público ou agente estatal tenha cometido violações dos direitos reconhecidos pelo Pacto aos quais faz referência este parágrafo [tortura e outros tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes, privações sumárias e arbitrárias de vida, desaparecimentos forçados], os Estados Partes dos quais se trate não poderão eximir os autores de sua responsabilidade

*jurídica pessoal, como aconteceu em certas anistias (ver Observação Geral nº 20 [44] e em imunidades anteriores. Além disso, nenhum cargo oficial justifica que sejam eximidas de responsabilidade jurídica as pessoas às quais é atribuída a autoria dessas violações. Também devem ser eliminados outros impedimentos ao estabelecimento da responsabilidade penal, entre eles a defesa baseada na obediência a ordens superiores ou os prazos de prescrição excessivamente curtos, nos casos em que forem aplicadas tais prescrições".*¹⁵

Na mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - também internalizada pelo Brasil - têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação de seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1.¹⁶ A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos.¹⁷

¹⁵ ONU, CCPR, Observação Geral, nº 31, § 18, *apud*, Parecer Técnico do International Center for Transnational Justice, solicitado pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da República em São Paulo/SP, pelo Ofício nº PR/SP - GABPR12-EAGF - 352/2008, de 04 de junho de 2008, Procedimento nº 1.34.001.008495/2007, disponível em www.icjt.org.

¹⁶ *Idem*, Corte IDH, Caso Goiburú e outros.

¹⁷ *Idem*, Corte IDH, Caso Ximenes Lopes, Caso Baldeón Garcia, Caso Massacre de Pueblo Bello e Caso do Massacre de Mapiripán.

8. Da parte dispositiva

Por todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação para dar interpretação conforme ao § 1º do art. 1º, da Lei 6.683/1979, de modo a que entenda que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (*case by case approach*), mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, nos moldes da jurisprudência desta Suprema Corte, para o fim de caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos.