

revista
anistia
política **e** justiça **e** transição

Governo Federal

Ministério da Justiça

Comissão de Anistia

REVISTA ANISTIA POLÍTICA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Presidente da República

Dilma Rousseff

Ministro da Justiça

José Eduardo Cardozo

Secretário-Executivo

Luiz Paulo Barreto

Presidente da Comissão de Anistia

Paulo Abrão

Vice-presidentes da Comissão de Anistia

Egmar José de Oliveira

Sueli Aparecida Bellato

Secretário Executivo da Comissão de Anistia

Muller Borges

Coordenador Geral da Revista

Marcelo D. Torelly

“Excepcionalmente a edição da Revista Anistia alusiva ao segundo semestre de 2010 foi publicada no ano de 2011, dadas restrições legais impostas pelo calendário eleitoral.”

“As opiniões contidas nos textos desta revista são de responsabilidade exclusiva de seus autores, não caracterizando posições oficiais do Ministério da Justiça, salvo se expresso em contrário.”

“As fotos contidas nesta edição pertencem ao Acervo da Comissão de Anistia e do Arquivo Nacional”

“Os nomes contidos na capa desta edição são de anistiados políticos pela Comissão de Anistia e constituem uma justa homenagem a todos que lutaram pela democracia no Brasil”

Nesta edição, trabalharam como revisores dos textos aprovados para publicação os Conselheiros Técnicos e Editoriais abaixo relacionados:

Aline Agnes Vieira Macabeu, Bianca de Moura Rodrigues Pires, Mayane Burti Marcondes Barbosa, Marcelo D. Torelly e Rosane Cavalheiro Cruz.

Conselho Editorial

Antônio Manuel Hespanha (Universidade Nova de Lisboa – Portugal), Boaventura de Sousa Santos (Universidade de Coimbra – Portugal), Bruna Peyrot (Consulado Geral – Itália), Carlos Cárcova (Universidade de Buenos Aires – Argentina), Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto (Universidade de Brasília), Dani Rudinick (Universidade Ritter dos Reis), Daniel Aarão Reis Filho (Universidade Federal Fluminense), Deisy Freitas de Lima Ventura (Universidade de São Paulo), Eduardo Carlos Bianca Bittar (Universidade de São Paulo), Edson Cláudio Pistori (Memorial da Anistia Política no Brasil), Enéa de Stutz e Almeida (Universidade de Brasília), Flávia Carlet (Projeto Educativo Comissão de Anistia), Flavia Piovesan (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), Jaime Antunes da Silva (Arquivo Nacional), Jessie Jane Vieira de Sousa (Universidade Federal do Rio de Janeiro), Joaquin Herrera Flores (*in memoriam*), José Reinaldo de Lima Lopes (Universidade de São Paulo), José Ribas Vieira (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro), Marcelo Dalmás Torelly (Coordenador-Geral), Maria Aparecido Aquino (Universidade de São Paulo), Paulo Abrão (Presidente), Phil Clark (Universidade de Oxford – Inglaterra), Ramon Alberch Fugueras (Arquivo Geral da Cataluña – Espanha), Rodrigo Gonçalves dos Santos (Comissão de Anistia), Sandro Alex Simões (Centro Universitário do Estado do Pará), Sean O’Brien (Universidade de Notre Dame – Estados Unidos), Sueli Aparecida Bellato (Comissão de Anistia)

Conselho Técnico

Aline Sueli de Salles Santos, Ana Maria Guedes, Ana Maria Lima de Oliveira, André Amud Botelho, Daniela Frantz, Eduardo Miranda Siufi, Egmar José de Oliveira, Henrique de Almeida Cardoso, Joaquim Soares de Lima Neto, José Carlos M. Silva Filho, Juvelino José Strozake, Kelen Meregali Model Ferreira, Luana Andrade Benício, Luciana Silva Garcia, Marcia Elayne Berbich de Moraes, Márcio Gontijo, Márcio Rodrigo P.B. Nunes Cambraia, Maria Emília Guerra Ferreira, Marina Silva Steinbruch, Mário Miranda de Albuquerque, Marleide Ferreira Rocha, Muller Luiz Borges, Narciso Fernandes Barbosa, Paula Danielli Rocha Nogueira, Paulo Abrão, Prudente José Silveira Mello, Rita Maria de Miranda Sipahi, Roberta Camineiro Baggio, Roberta Vieira Alvarenga, Roberto Flores Reis, Rodrigo Gonçalves dos Santos, Tatiana Tannus Grama, Vanderlei de Oliveira, Virgínius José Lianza da Franca, Vanda Davi Fernandes de Oliveira.

Projeto Gráfico

Ribamar Fonseca

Revisão ortográfica

Alessandro Mendes

Editoração eletrônica

Supernova Design

Capa inspirada no trabalho original de AeM’Hardy’Voltz

Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N. 4
(jul. / dez. 2010). – Brasília : Ministério da Justiça , 2011.

Semestral.
Primeira edição: jan./jun. 2009.

ISSN 2175-5329

1. Anistia, Brasil. 2. Justiça de Transição, Brasil. I. Brasil. Ministério da Justiça (MJ).

CDD 341.5462

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca do Ministério da Justiça

COMISSÃO DE ANISTIA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO ATUAL¹

PRESIDENTE:

Paulo Abrão

Conselheiro desde 04 de abril de 2007

Nascido em Uberlândia/MG, em 11 de junho de 1975, é graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Atualmente, é professor do Curso de Pós-Graduação e de Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília e licenciado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. É vice-presidente da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDI).

VICE-PRESIDENTE:

Egmar José de Oliveira

Conselheiro desde 26 de abril de 2004

Nascido em Jaraguá/GO, em 02 de agosto de 1958, é graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Anápolis. Atualmente é advogado militante em São Paulo e Goiás, atuando em causas trabalhistas e de direitos humanos.

Sueli Aparecida Bellato

Conselheira desde 06 de março de 2003

Nascida em São Paulo/SP, em 1ª de julho de 1953, é religiosa da Congregação Nossa Senhora – Cônegas de Santo Agostinho e advogada graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, com intensa atividade nas causas sociais. Já trabalhou junto ao Ministério Público Federal na área de direitos humanos, foi assistente parlamentar e atuou no processo contra os assassinos do ambientalista Chico Mendes. É membro da Comissão Brasileira de Justiça e Paz da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

CONSELHEIROS:

Aline Sueli de Salles Santos

Conselheira desde 26 de fevereiro de 2008

Nascida em Caçapava/SP, em 04 de fevereiro de 1975, é graduada em Direito pela Universidade de São Paulo, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília. É professora da Universidade Federal do Tocantins/TO.

Ana Maria Lima de Oliveira

Conselheira desde 26 de abril de 2004

Nascida em Iritua/PA, em 06 de dezembro de 1955, é Procuradora Federal do quadro da Advocacia-Geral da União desde 1987 e graduada em Direito pela Universidade

Federal do Pará. Atualmente compõe a equipe de assessoria do Gabinete da Governadora do estado do Pará.

Ana Maria Guedes

Conselheira desde 04 de fevereiro de 2009

Nascida em Recife/PE, em 19 de abril de 1947, é graduada em Serviço Social pela Universidade Católica de Salvador. Atualmente é membro do Grupo Tortura Nunca Mais da Bahia e membro da Coordenação do Projeto Memorial da Anistia e Direitos Humanos da Bahia.

Edson Claudio Pistori

Conselheiro desde 13 de janeiro de 2009

Nascido em Rondonópolis/MT, em 15 de março de 1977, é graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e mestrando na mesma instituição. Foi assessor da Subsecretaria de Planejamento e Orçamento do Ministério da Educação e da Secretaria-Geral da Presidência da República. Atualmente é professor da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP).

Eneá de Stutz e Almeida

Conselheira desde 22 de outubro de 2009

Nascida no Rio de Janeiro/RJ, em 10 de junho de 1965, é graduada e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. É professora da Universidade de Brasília, onde atualmente é coordenadora do curso de graduação em Direito. É vice-presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) na gestão 2009-2011.

Henrique de Almeida Cardoso

Conselheiro desde 31 de maio de 2007

Nascido no Rio de Janeiro/RJ, em 23 de março de 1951, é o representante do Ministério da Defesa junto à Comissão de Anistia. Oficial de artilharia do Exército pela Academia Militar de Agulhas Negras (AMAN), é bacharel em Ciências Econômicas e em Ciências Jurídicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

José Carlos Moreira da Silva Filho

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Brasília/DF, em 18 de dezembro de 1971, é graduado em Direito pela Universidade de Brasília, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Atualmente é professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Juvelino José Strozake

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Alpestre/RS, em 18 de fevereiro de 1968, é advogado graduado pela Faculdade de Direito de Osasco (FIEO), mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É membro da Rede Nacional de Advogados Populares (RENAP).

¹ Elaborada a partir do Produto de Consultoria MJ/PNUD N° 02 (BRA/08/021), de autoria da Consultora Marleide Ferreira Rocha. Os conselheiros da Comissão de Anistia são nomeados em portaria expedida pelo Ministro da Justiça e prestam serviço considerado de relevante interesse público, sem qualquer remuneração.

Luciana Silva Garcia

Conselheira desde 25 de maio de 2007

Nascida em Salvador/BA, em 11 de maio de 1977, é graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advoga para a organização não governamental Justiça Global, que atua junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Márcia Elayne Berlich de Moraes

Conselheira desde 23 de julho de 2008

Nascida em Cianorte/PR, em 17 de novembro de 1972, é advogada graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). É especialista, mestre e doutoranda em Ciências Criminais, todos pela mesma instituição. É integrante do Conselho Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul desde 2002. É professora da Faculdade de Direito de Porto Alegre (FADIPA).

Márcio Gontijo

Conselheiro desde 21 de agosto de 2001

Nascido em Belo Horizonte/MG, em 02 de julho de 1951, é advogado público de carreira e pertencente aos quadros da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça desde 1976. É representante dos anistiados políticos na Comissão de Anistia. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, é o decano da Comissão de Anistia, tendo ainda acompanhado a criação da Comissão Especial de indenização dos familiares dos mortos e desaparecidos políticos.

Marina da Silva Steinbruch

Conselheira desde 25 de maio de 2007

Nascida em São Paulo/SP, em 12 de abril de 1954, é graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Atuou como defensora pública da União por 22 anos.

Maria Emilia Guerra Ferreira

Conselheira desde 22 de outubro de 2009

Nascida em Manaus/AM, em 22 de outubro de 1944, é religiosa da Congregação de Nossa Senhora – cónegas de Santo Agostinho. Psicóloga graduada pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras “Sedes Sapientiae” de São Paulo. É mestre em Ciências da Religião pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atuou como membro do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo.

Mário Albuquerque

Conselheiro desde 22 de outubro de 2009

Nascido em Fortaleza/CE, em 21 de novembro de 1948. É membro da Associação Anistia 64/68. Atualmente preside a Comissão Especial de Anistia Wanda Sidou do Estado do Ceará.

Narciso Fernandes Barbosa

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Maceió/AL, em 17 de setembro de 1970, é graduado em Direito pela Universidade Federal de

Alagoas e possui especialização em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba. É advogado militante nas áreas de direitos humanos e de segurança pública.

Prudente José da Silva Mello

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Curitiba/PR, em 13 de abril de 1959, é graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná e doutor em Direito pela Universidade Pablo de Olavide (Espanha). Advogado trabalhista de entidades sindicais de trabalhadores desde 1984, atualmente leciona no Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos do Centro de Estudos Universitários de Santa Catarina (CESUSC).

Rita Maria de Miranda Sipahi

Conselheira desde 22 de outubro de 2009

Nascida em Fortaleza/CE, em 23 de fevereiro de 1938, é graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Recife. É servidora pública aposentada pela Prefeitura do Município de São Paulo. Possui experiência em Planejamento Estratégico Situacional e já desenvolveu trabalhos na área de gestão como supervisora geral de desenvolvimento de pessoal da Secretaria do Bem-Estar Social da Prefeitura de São Paulo.

Roberta Camineiro Baggio

Conselheira desde 25 de maio de 2007

Nascida em Penápolis/SP, em 16 de dezembro de 1977, é graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Atualmente é professora adjunta na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia/MG.

Rodrigo Gonçalves dos Santos

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Santa Maria/RS, em 11 de julho de 1975, é advogado graduado e mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. É professor da Faculdade de Direito da UNIEURO/DF.

Vanda Davi Fernandes de Oliveira

Conselheira desde 26 de fevereiro de 2008

Nascida em Estrela do Sul/MG, em 31 de junho de 1968, é graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e doutoranda em Direito pela Universidad de Alicante (Espanha). É membro do Conselho Estadual de Política Ambiental do Estado de Minas Gerais.

Virginius José Lianza da Franca

Conselheiro desde 1º de agosto de 2008

Nascido em João Pessoa/PB, em 15 de agosto de 1975, é advogado graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, especialista em Direito Empresarial e mestrando em Direito pela mesma instituição. Atualmente é professor da Faculdade ASPER/PB. Ex-diretor da Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados – Seccional Paraíba. Procurador do Instituto de Terras e Planejamento Agrário (INTERPA) do Estado da Paraíba.

SUMÁRIO

- ▶ 10 **APRESENTAÇÃO**
- ▶ 12 **ENTREVISTA:**
JOSÉ ZALAUQUETT
VERDADE E JUSTIÇA EM PERSPECTIVA COMPARADA
- ▶ 30 **DOSSIÊ: JUSTIÇA**
- ▶ 32 **A APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO JULGAMENTO DO TERRORISMO DE ESTADO NA ARGENTINA**
PABLO F. PARENTI
- ▶ 56 **A ANISTIA: O TERROR E A GRAÇA**
APORIAS DA JUSTIÇA TRANSICIONAL NO CHILE PÓS-DITATORIAL
JUAN PABLO MAÑALICH R.
- ▶ 78 **“AO JULGAR A JUSTIÇA, TE ENGANAS”**
APONTAMENTOS SOBRE A JUSTIÇA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL
LAURO JOPERT SWENSSON JUNIOR
- ▶ 108 **CULPADO: O JULGAMENTO DO EX-PRESIDENTE PERUANO ALBERTO FUJIMORI POR VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS**
JO-MARIE BURT
- ▶ 138 **ARTIGOS ACADÊMICOS**
- ▶ 140 **CONSTITUCIONALISMO, PLURALISMO E TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA NA AMÉRICA LATINA**
MILENA PETTERS MELO
- ▶ 156 **CRIMES DA DITADURA MILITAR E O “CASO ARAGUAIA”:**
APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS BRASILEIROS
LUIZ FLÁVIO GOMES
VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI
- ▶ 182 **A TRAJETÓRIA DO PROCESSO DE JUSTIÇA TRANSICIONAL DO MÉXICO. UM COMENTÁRIO À LUZ DO CASO RADILLA PACHECO VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DECIDIDO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.**
JOSÉ LUIS CABALLERO OCHOA

-
- ▶ 196 **A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA E O DIREITO INTERNACIONAL**
DEISY VENTURA
 - ▶ 228 **TRANSIÇÃO E JUSTIÇA INTERNACIONAL NA ARGENTINA**
LEONARDO FILIPPINI
 - ▶ 250 **A MEMÓRIA E SEUS ABRIGOS: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LUGARES DE MEMÓRIA E SEUS VALORES DE REFERÊNCIA**
INÊS VIRGÍNIA PRADO SOARES
RENAN HONÓRIO QUINALHA
 - ▶ 280 **REPRESENTAÇÕES SOCIAIS DA DITADURA, DA DEMOCRACIA E DA MEMÓRIA. O CASO ARGENTINO**
EDUARDO ANDRÉS VIZER
 - ▶ 290 **O DESAPARECIMENTO FORÇADO COMO UMA PRÁTICA SISTEMÁTICA DE ESTADO NAS DITADURAS NA AMÉRICA LATINA: UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE O PAPEL DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**
AMARILIS BUSCH TAVARES
 - ▶ 318 **A NEGOCIAÇÃO PARLAMENTAR DA ANISTIA DE 1979 E O CHAMADO “PERDÃO AOS TORTURADORES”**
CARLOS FICO
 - ▶ 334 **DOCUMENTOS**
 - ▶ 336 **SENTENÇA DO SEGUNDO TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM EL SALVADOR**
 - ▶ 402 **SENTENÇA DO CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) SENTENÇA (CIDH)**
 - ▶ 544 **VOTO FUNDAMENTADO DO JUIZ *AD HOC* ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS COM RELAÇÃO À SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL DE 24 DE NOVEMBRO DE 2010**

APRESENTAÇÃO

Editada desde 2009, a Revista Anistia Política e Justiça de Transição já pode ser considerada uma das mais importantes publicações sobre a temática na América Latina. Confrontando diferentes opiniões sobre temas-chave da agenda nacional e internacional, a Revista não é destinada apenas ao debate político e acadêmico, mas também à difusão de legislação, jurisprudência e documentos, promovendo a aproximação entre pesquisadores e agentes públicos, visando especialmente o aprimoramento das políticas e práticas nos distintos campos da Justiça de Transição.

Nesta quarta edição, atinente ao segundo semestre de 2010, encontramos um conjunto de estudos e documentos que se conectam diretamente com os

debates nacionais do período, permitindo que a publicação cumpra uma dupla função, sendo a um só tempo lócus de desenvolvimento e circulação do conhecimento, mas também espaço de referência para o futuro, servindo de material de consulta para aqueles interessados em conhecer o cenário político e intelectual que permeou o desenvolvimento de políticas públicas de democratização na região. Desta feita, faz uma mediação entre o conteúdo canônico típico dos livros e revistas científicas, sem perder a capacidade de informar sobre o momento e a realidade concreta da política de um dado recorte de tempo.

É com este propósito, científico e pluralista, que trazemos a público mais um volume desta grande obra coletiva que vem sendo editada pela Comissão de Anistia e que seguramente permitirá que muitas gerações de pesquisadores e agentes públicos reflitam e aprimorem suas práticas.

Brasília, junho de 2011

José Eduardo Cardozo

Ministro de Estado da Justiça

Paulo Abrão

Secretário Nacional de Justiça

Presidente da Comissão de Anistia



DA ESQUERDA PARA A DIREITA:
ESTUDANTE MORTO NA MANIFESTAÇÃO DE 68
FONTE: ARQUIVO NACIONAL



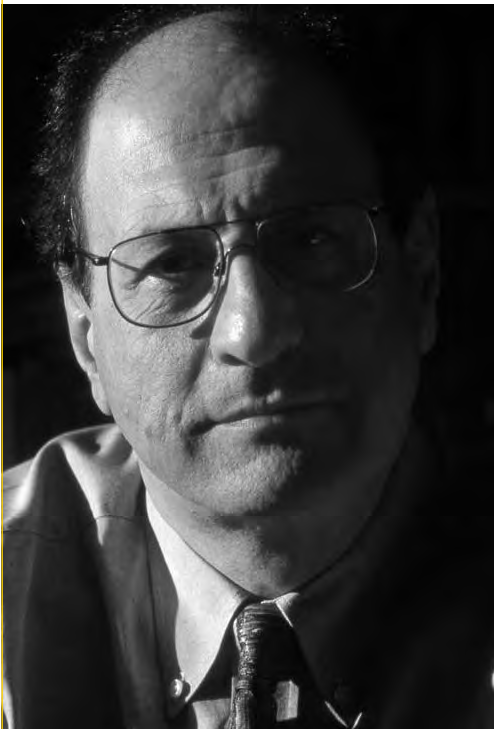
ENTREVISTA
JOSÉ ZALAUQUETT
▼

**VERDADE E JUSTIÇA EM
PERSPECTIVA COMPARADA**

JOSÉ ZALAUQUETT

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Chile, José Zalaquett tem uma longa história de compromisso com os direitos humanos. Advogado de presos políticos durante a ditadura Pinochet, foi membro atuante da Vicaria da Solidariedade, uma entidade vinculada à Igreja que incansavelmente buscou proteger perseguidos políticos do regime e acabou, ao longo de mais de dezesseis anos de atuação, compondo um acervo que se tornaria determinante para o êxito da Comissão da Verdade chilena, que viria a ser igualmente integrada por Zalaquett quando regressou do exílio a que fora forçado. Posteriormente, Zalaquett ainda integrou a mesa de diálogo estabelecida em 1999, buscando solucionar questões pendentes de direitos humanos em seu país, já sendo, então, reconhecido internacionalmente por sua atuação na Anistia Internacional.

Além da ampla trajetória de militância em defesa dos direitos humanos, o professor destacou-se pela profícua carreira acadêmica, tendo lecionado em importantes instituições, como a Universidade de Harvard (Estados Unidos) e o Instituto Interamericano de Direitos Humanos (Costa Rica). Por essa combinação de militância e reflexão, recebeu títulos de doutor *honoris causa* pelas universidades de Notre Dame e da Cidade de Nova Iorque (ambas nos Estados Unidos). Em sua atuação política, integrou a Comissão



JOSÉ ZALAUQUETT

FONTE: ACERVO PESSOAL DO ENTREVISTADO

Interamericana de Direitos Humanos do Organização dos Estados Americanos, inclusive presidindo-a, e participou de missões na África, Ásia, Américas e Oriente Médio. Foi agraciado com inúmeras premiações, entre elas o Premio Nacional para as Humanidades e Ciências Sociais (Chile), o prêmio da Organização das Nações Unidas para

a Educação, Ciência e Cultura (Unesco) para o Ensino dos Direitos Humanos, o prêmio da Fundação MacArthur (Estados Unidos) e ainda o prêmio B'Nai B'rith.

Zalaquett aceitou receber a Revista Anistia em Santiago do Chile para uma entrevista na qual foram discutidos temas como a conformação do sistema interamericano de direitos humanos em comparação com outros modelos, como o europeu, a atuação da Comissão da Verdade chilena em comparação com outras da região, as relações entre verdade e justiça nos processos transicionais e, ainda, suas impressões sobre o processo transicional brasileiros e as perspectivas para a agenda dos direitos humanos no século XXI.

Marcelo Torelly: Professor, eu gostaria de iniciar solicitando sua avaliação sobre o papel da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos processos de redemocratização na América latina.

José Zalaquett: A Comissão e a Corte têm estabelecido um trabalho nessa seara, pelo qual são amplamente reconhecidas, pelo menos nos últimos trinta anos, e esse trabalho se intensificou muito nos últimos vinte. A fortaleza da Comissão se incrementou muito mais depois do retorno da democracia nos países da América Latina que estavam sob sistemas ditatoriais, por volta do final dos anos 1980 e princípio dos anos 1990. Distintos países indicaram para compor a Comissão pessoas que estavam vinculadas à luta pelos direitos humanos na região, e com apoio da opinião pública, o que fortaleceu o Sistema. Isso gerou um processo de amadurecimento, tanto na Comissão quanto nas instituições de luta que se especializaram no sistema. Agora, precisamente por essa razão, a Comissão, que recebe um número de casos muito maior do que a Corte, se interessou desde o começo com a questão da promoção da democracia, explorando o mandato que obteve da Organização dos Estados Americanos, podendo examinar casos à luz dos princípios democráticos.

Porém, nem sempre esse trabalho da Comissão e da Corte tem sido inteiramente coerente. Há vezes em que faz falta uma conceituação mais firme de determinadas categorias. Por exemplo, os delitos configurados como “graves violações aos

direitos humanos”: falar de “gravidade” dos delitos é um critério, advogar que são “delitos contra a humanidade” ou “crimes de guerra” é outro critério, e nem sempre o sistema tem sido muito coerente a esse respeito. Do mesmo modo, tratando de incidir no processo de verdade, tem-se estabelecido um “direito à verdade” que não parece claramente fundamentado em todos os aspectos conceituais que seriam necessários e, finalmente, no que diz respeito às reparações, ainda que fundando uma doutrina mais aceita, o resultado não é pacífico ou claro. Em suma, a Corte e a Comissão têm dado um aporte substancial aos processos de democratização, mas que ainda precisam de uma maior coerência contextual e doutrinária.

MT: O Sistema Interamericano mantém uma relação muito forte com a sociedade civil, e é das demandas da sociedade civil que “surgem” as leituras e fundamentações de alguns desses direitos. O próprio sistema surge de maneira pouco estruturada e vai se configurando por pressão da sociedade. Gostaria, assim, de conhecer um pouco mais desse processo de surgimento do Sistema.

JZ: Inicialmente, nos anos 1970, o trabalho da Comissão foi muito importante no Chile e na Argentina, inclusive com uma histórica visita que ocorreu em 1979. Naquele momento, a sociedade civil basicamente consistia em organizações de direitos humanos, ou em organizações e instituições que as apoiavam, como era o caso, no Chile, da Igreja. Essas organizações de direitos



humanos produziam informações críveis sobre violações aos direitos humanos e as difundiam internacionalmente. Além disso, existia a atuação das organizações internacionais, como Anistia Internacional e outras, que realizavam importantes campanhas, e esse trabalho foi criando na opinião pública, tanto internacional quanto nacional, uma consciência sobre a gravidade da situação dos Direitos Humanos nos países da região, o que motivou a Comissão a fazer visitas "*in loco*" e a tomar para si a responsabilidade sobre o assunto. Isso gerou muito impacto, principalmente na Argentina, quando da visita da Comissão, em 1979. Para mim, esse foi um marco muito importante, pois logo mais tarde a Comissão começaria a ter um papel mais estruturado, ocupando-se de casos (e chegaram uma grande quantidade de casos).

A sociedade civil operou de várias maneiras. Primeiramente, influiu formando e indicando pessoas que pudessem compor a Comissão ou a Corte por indicação de governos, ou se opondo a candidatos que não eram claramente idôneos para lá estar. Segundo, representando vítimas, que tornaram-se petionárias em casos, sobretudo a partir de organizações nacionais que apresentavam esses casos e os endossavam, e, mais tarde, de organizações regionais como o Cejil (Centro Internacional para a Justiça e o Direito Internacional), que prestam ajuda jurídica em casos apresentados na Comissão e na Corte e assessoram organizações nacionais nesse trabalho. Dessa maneira, podemos dizer que a sociedade civil

influenciou criando um ambiente e uma consciência sobre a importância do tema, uma consciência sobre a necessidade de uma profissionalização do trabalho da Comissão e da Corte, estabelecendo um *know how* de como pleitear e apresentar casos, inclusive ante os membros e os Estados-parte do Sistema.

MT: Isso nos leva a uma questão muito interessante que hoje existe: a discussão sobre a possibilidade de acesso direto à Corte, sem o trâmite prévio pela Comissão, o que aproximaria o Sistema Americano do modelo da Corte Europeia de Direitos Humanos. Como o senhor avalia essa possibilidade?

JZ: Na Europa, o sistema começou com uma Comissão também, além do Conselho de Ministros, e aproximadamente há doze anos se eliminou a Comissão como órgão de acesso à Corte (que tem uma dotação orçamentária muito mais ampla e um quadro de pessoal e de recursos muito maior do que a Corte Interamericana). Porém, além do dado que se podia acessar diretamente à Corte, tivemos também o dado de que muitos países ingressaram no Sistema Europeu, muitos países da Europa Central e Oriental, o que gerou uma sobrecarga extraordinária de casos, ao ponto em que há dois ou três anos, quando eu soube pela última vez das cifras, havia um passivo de cem mil casos.

Isso ocorreu porque começou a se gerar uma expectativa nesses países da Europa Ocidental e Oriental parecida com as expectativas da América Latina, isto é, que o sistema de

proteção regional reconstruiria o Direito local. Isso aconteceu na Europa Ocidental antes do ingresso dos países do antigo bloco comunista, isto é, da Europa Oriental. A Corte decidia que o castigo corporal nas escolas deveria ser proibido, ou que blasfêmia não podia violentar a liberdade de expressão, e os Estados podiam aceitar isso porque basicamente havia um acordo sobre os parâmetros utilizados, e a atuação da Corte tratava de reconstruir o Direito, refinando-o. Distinto disso é se ter a esperança de que o Sistema Interamericano ou Europeu pudesse substituir a Justiça que não se pôde conseguir em seus próprios países, porque evidentemente não existe um órgão que possa ser dotado de tamanha capacidade, e isso foi o que se passou em certa medida na Europa depois do fim da Comissão. Nesse cenário, foi necessário estabelecer um sistema de pré-seleção (ou exame provisional) de casos sob a responsabilidade de uma subcomissão que no fundo substituíria o papel que exercia a Comissão.

Por esse exemplo, tem-se que o debate na América Latina deve ir muito mais além do que uma proposição de unificação, focando-se no feito da Comissão não ser parte no processo, não pleitear ante a Corte, e da criação de um bom sistema de defensoria. Porém, defender isso é diferente de defender eliminar a Comissão, que atualmente está recebendo cerca de 1.500 casos ao ano, com mais da metade deles não tendo prosseguimento, porque são frívolos ou banais. Essas centenas de casos chegariam diretamente à Corte, onerando-a. Ainda, não podemos esquecer que a Comissão

também tem uma função política, de buscar soluções amistosas, e que apesar de ter quatro vezes mais pessoal que a Corte se vê sobrecarregada.

MT: Falando agora um pouco da experiência chilena, da qual foste protagonista. Sabemos que Chile teve duas Comissões da Verdade que são muito reconhecidas internacionalmente. Nesse sentido, gostaria de perguntar quais são as principais características desse trabalho que o Chile tem realizado em matéria de democratização e quais são suas melhores qualidades e seus maiores méritos. Quais as fortalezas do processo transicional chileno no que diz respeito à memória e à verdade?

JZ: A experiência no Chile ao longo de 21 anos teve vários componentes que transcendem a própria questão da verdade. Efetivamente, tivemos duas Comissões. Uma delas, a *Comissão Rettig*, que efetivamente se chamava de “Comissão da Verdade e Reconciliação”, funcionou entre os anos 1990 e 1991 e teve a função de reconhecer as vítimas fatais e as circunstâncias em que morreram essas vítimas. Depois, teve a *Comissão Valech*, que terminou seu trabalho em 2004, e que, embora o fosse, não se chamava “comissão da verdade”, mas sim “Comissão sobre Repressão Política e Tortura”. Essa segunda comissão estabeleceu que 29 mil pessoas foram vítimas de prisão política no Chile. Nesse segundo caso, era impossível afirmar que cada uma dessas vítimas singularmente

A verdade que se esclarecia é a de que, nesse período, elas foram prisioneiras e que a tortura era um método generalizado e massivo à época.

fora vítima de tortura, pois isso é quase impossível de se comprovar. A verdade que se esclarecia é a de que, nesse período, elas foram prisioneiras e que a tortura era um método generalizado e massivo à época. A Comissão não pôde determinar em que casos concretos houve tortura, mas pôde afirmar que as pessoas foram vítimas da repressão e que a tortura era então empregada, e isso era causa necessária e suficiente para a reparação.

Mas tão importante quanto a busca da verdade é o reconhecimento dessa verdade que se encontra. O Informe da Comissão Rettig de 1991 foi reconhecido pelos setores políticos e sociais, mais de bom grado por alguns do que outros, mas não pelos militares. Pinochet não deixou isso acontecer. Assim, em 1999, se estabeleceu a chamada Mesa de Diálogos sobre Direitos Humanos, composta por militares, líderes sociais, religiosos e advogados de direitos humanos, da qual também participei, que tinha dois propósitos, um que se conseguiu atingir, e outro que se alcançou em parte.

O propósito atingido foi que as novas gerações de militares chilenos que então

estavam no comando das Forças, todos uns 30 anos mais jovens do que o general Pinochet, que então se encontrava preso em Londres, reconhecerem as violações aos direitos humanos praticadas no passado. Um segundo propósito era estabelecer o paradeiro dos desaparecidos, e os militares, mais que o Exército, deram conta de muitos desaparecimentos, informando que os corpos haviam sido lançados ao mar. Essa verdade foi parcial porque não era possível a efetiva localização. Mas em definitivo houve um avanço geral quanto ao tema. Quando anos mais tarde chegou o Informe da Comissão Valech de Repressão Política e Tortura, depois da Mesa de Diálogo, em 2004, todos os generais e militares tiveram que reconhecer o informe. Já não havia mais alternativa.

MT: Após o reconhecimento da verdade, como evoluiu o processo de reparação e justiça?

JZ: O processo de reparações no Chile garantiu uma pensão mensal a todas as famílias das vítimas fatais, os filhos já crescidos até pelo menos 25 anos de idade, e os filhos homens podiam eximir-se do serviço militar. Os filhos tiveram garantido o acesso à universidade até os trinta e cinco anos de idade com bolsas de estudo do Estado. Também se criou um programa de atenção à saúde. As 29 mil pessoas qualificadas como prisioneiras políticas também recebem pensão, embora menor que as famílias de pessoas desaparecidas. Após o reconhecimento da verdade, foram reabertas as duas Comissões, a Rettig e a Valech, para receber denúncias que pudessem ter ficado perdidas em meio à burocracia e aos

arquivos. Quanto à Justiça, houve um grande desenvolvimento, na medida em que, com o tempo, os juízes mudaram. Hoje, existe uma nova geração de juízes, novos argumentos dos advogados, mais pressão social e mudanças da Justiça internacional.

Depois desse processo, a justiça se tornou uma medida necessária. Mesmo que se considere isso espúrio, foi dado como certo que não era possível levar à Justiça os casos cobertos pela lei de anistia, cujo decreto abrangia os cinco primeiros anos do regime militar, mas o sistema judicial chileno compreendeu que mesmo essa anistia não poderia alcançar os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. Essa é a teoria mais aceita na atualidade e que permitiu se fazer justiça no Chile.

Dessa maneira, depois de vinte anos, creio que o Chile, igual à Argentina, pode exibir ganhos importantes. Os dois processos se deram de maneiras muito distintas: o Chile tinha avanços, estagnações e novos avanços, enquanto na Argentina se produziam grandes avanços e depois grandes retrocessos, num modelo de *zig-zag*. Ao final, de toda sorte, ambos os processos são comparáveis: são os dois processos de transição que podem exibir melhores resultados no que diz respeito à aplicação da Justiça penal, mas também da reparação e da verdade.

MT: Existe hoje um debate, sobretudo no Direito Internacional e Comparado, que tende a opor a busca da verdade com a busca da justiça, como se fossem

necessariamente opostas, como se fosse necessário eleger entre uma e outra. Eu gostaria de saber sua avaliação quanto a esse tema.

JZ: Creio que buscar uma única alternativa, entre a verdade ou a justiça, é uma simplificação. A primeira pergunta é: quais são os deveres legais e morais que pesam sobre os Estados, à luz dos parâmetros morais e legais assumidos diante da Comunidade Internacional? Quanto à Justiça penal, em minha opinião, os parâmetros são claros quanto à existência de crimes que devem sempre ser submetidos ao processo. No caso concreto, tratamos dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra. A respeito dos demais crimes, a prescrição é possível, e a anistia também, desde que possa servir ao propósito de construir um novo projeto de sociedade que não se funde numa mentira ou em uma ocultação do passado. Uma sociedade pode, como fez a África do Sul, buscar um caminho de pacificação distinto, não submetendo a julgamento dezenas de milhares de pessoas que por quarenta ou cinquenta anos sustentaram o sistema do *Apartheid*, e pensando que é importante criar um clima de união nacional que se levará muito tempo consolidando. Essa alternativa não me parece equivocada, e ela contou com uma anistia. A África do Sul optou por um caminho diferente, em que, para proteger e permitir a verdade, optou-se por dar a alguns uma imunidade justificada.

De toda maneira, em resumo, há dois tipos de delitos ou crimes que, de acordo



com os parâmetros atuais da comunidade internacional, não podem ser objeto de perdão e de impunidade: os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. Algo importante, não obstante, é que pode ser que um Estado saído de uma situação conflitiva não esteja em condições reais de investir na justiça, mas, pelo menos, não pode tentar impedir que a justiça ocorra no futuro. Pelo menos deve deixar aberta a alternativa para o momento em que essa possibilidade se apresentar faticamente. Nesse sentido, às vezes, a justiça é facilitada pela verdade, é o que eu creio que ocorreu no Chile, onde o primeiro presidente democraticamente eleito optou por constituir uma comissão da verdade que sacudiu a sociedade chilena e facilitou uma maior sustentação da reparação e da justiça no futuro, sem que uma coisa fosse necessariamente substituta da outra.

MT: E o que determina aquilo que antes busca uma sociedade?

JZ: Os fatores são muitos. Vou mencionar apenas alguns. Primeiro, o tipo de crises que conduzem à quebra institucional e do Estado de Direito. Essas crises são parecidas na Argentina, Uruguai, Chile e inclusive no Brasil, que precedeu a todos. E essa é uma crise fundamentalmente de caráter político e ideológico, uma polarização da sociedade, uma resposta militar ao que se percebe como um avanço dos “subversivos”, na expressão da Guerra Fria, e o estabelecimento de sistemas institucionais militares com um propósito de promover mudanças radicais. E isso guarda relação

com quem é considerado pelos militares como “inimigos”.

No Chile, “inimigos” haviam chegado ao poder político, estavam no governo; na Argentina, se consideravam “inimigos” um conjunto de 50 mil ativistas, basicamente de classe média urbana e jovens, e contra eles foi dirigida a repressão. No Uruguai, foi semelhante, falamos aqui de *Tupamaros*, e no Brasil eu diria que foram os mesmos tipos de grupos concentrados em grandes urbes, grupos radicalizados de esquerda. Então, frente a esse “inimigo” o qual se pretendia neutralizar ou destruir, construiu-se um sistema de proteção frente ao que os militares consideravam riscos. O quão longe se chegou dependeu da vontade militar, porém, também dependeu de outros fatores sociais e políticos e do próprio perfil de quem se consideravam os inimigos.

Na Argentina, o regime foi muito feroz, concentrado nessa população de 50 mil pessoas, mas não houve, por exemplo, o toque de recolher todas as noites como no Chile (isso durou pelo menos doze anos), as pessoas seguiam indo aos cafés, porque fora desse círculo de “inimigos” as pessoas pensavam que podiam seguir a vida normalmente. No Chile, em contrapartida, se estimava que o perigo irradiava das universidades, da imprensa, dos sindicatos etc.

Um segundo fator é o modo de transição, e esse dado não relaciona-se apenas com o tempo que ela leva, mas também com as suas qualidades políticas. Na Argentina,

Tudo isso influi na capacidade dos Estados novos de operarem determinadas medidas, e também não se pode desconhecer que influi na atuação de pessoas determinadas, especialmente aquelas que ocupam a liderança política.

a transição foi súbita, no sentido de que, depois de um ano da derrota da Guerra das Malvinas (Falkland), já se propôs a transição, produzida por essa humilhação militar. No Brasil, o processo foi gradual, uma abertura muito lenta. No Chile e no Uruguai, a transição ocorreu com uma derrota do regime militar nas urnas, pelo voto popular. Tudo isso influi na capacidade dos Estados novos de operarem determinadas medidas, e também não se pode desconhecer que influi na atuação de pessoas determinadas, especialmente aquelas que ocupam a liderança política.

Finalmente, a série de experiências históricas de cada país influencia a dos demais. Por exemplo, no Uruguai, se pode ver em retrospectiva a experiência argentina; no Chile, melhorar a experiência da Argentina e do Uruguai. Mesmo no

Brasil, que tem uma experiência bastante particular, assimilaram-se distintas correntes ao longo dos anos de abertura.

MT: O Chile instalou uma comissão da verdade logo quando da abertura. No Brasil, essa discussão se faz no presente, a mais de 25 anos de distância da saída do poder do último general presidente. Faz sentido buscar a verdade duas ou três décadas depois de terem ocorrido os fatos?

JZ: Uma resposta diplomática de um estrangeiro é que isso tem de ser debatido pelos brasileiros, mas apesar de ser uma resposta diplomática, tem uma base de verdade. Sempre defendi que uma Comissão da Verdade serve para proporcionar uma narrativa para a memória coletiva. No caso do Brasil, um caminho possível para isso é formar uma “comissão de honra” para examinar e aperfeiçoar o informe que já foi preparado pela Arquidiocese de São Paulo, o *Brasil Nunca Mais*. Mas você vai me perguntar: se já existe o informe, para que constituir uma Comissão então? Porque é importante dar a ele um selo institucional que diga que essa verdade é reconhecida, que não é simplesmente algo produzido no plano privado, mas sim na agora, na praça pública, surgindo a memória coletiva no debate e fixando-se na memória institucional, e não individual. Esse informe ainda terá a qualidade de ser reconhecido pelos órgãos públicos, vantagem que nenhum informe privado tem, por melhor que seja sua qualidade.

Creio que essa é uma possibilidade.

Agora, é necessário? Sobre a necessidade ou não, evidentemente, deve haver no Brasil, é a impressão que tenho, círculos sociais que estimam que isso “reabriria feridas”, que se o país já chegou até aqui – passando mesmo pela prova de fogo de eleger sucessivamente a esquerda, com dois mandatos de Lula, e agora com Dilma –, não haveria por que abrir uma caixa de pandora que poderia depois escapar do controle e reavivar mágoas e sofrimentos. Mas, na medida em que há pressão social, que se sente um imperativo moral por incorporar essas histórias à narrativa nacional, essa história que seguramente contém excessos, eu acredito que exista um bom caminho a ser seguido. Acredito que uma via é fazer uma espécie de validação e refinamento dos trabalhos prévios, como o *Brasil Nunca Mais*.

MT: O Brasil instalou duas importantes comissões de reparação que reconheciam violações de direitos humanos antes de propriamente começar a debater a instalação de uma comissão da verdade, de tal maneira que é plausível afirmar que um processo que começou pela dimensão da reparação ajudou a esclarecer fatos e produzir pressão por mais verdade, por uma comissão destinada apenas a esse fim. No Chile, como se deu essa relação entre reparação e verdade?

JZ: No Chile, as pessoas que receberam reparações foram, primeiramente, os familiares de mortos e desaparecidos e, depois de vinte anos, de mais de 3.100 casos apreciados, foram encontrados seis

casos em que a concessão fora equivocada, o que representa um número bastante menor de erro judiciário do que aquele visto em processos comuns. Mais de 20 mil pessoas foram declaradas presos políticos. Mas, em ambos os casos, primeiro se estabeleceu a verdade e, logo, a reparação se aplicava automaticamente a todos que apareciam nas listas.

A lei de reparação chilena não promoveu investigações, senão reconheceu que todos os que apareciam nas listas das comissões de verdade garantiam à sua família o direito à reparação reconhecido automaticamente.

Porém, houve uma terceira forma de reparação, que não funcionou muito bem, na verdade funcionou muito mal, que foi a reparação das pessoas que foram exoneradas, ou melhor, foram expulsas da Administração Pública por razões políticas. A lei não foi cuidadosa e, devido a fatores políticos, muitos tentaram figurar como vítimas, ainda que não fossem vítimas. Pessoas mentiram para parecer vítimas. Qualificaram-se nesses casos 150 mil pessoas como vítimas de perseguição no trabalho.

Disso temos que, independente da opção que se faça, a primeira lição é a importância do rigor, porque quando há um potencial de vítimas em cada distrito eleitoral, há um interesse dos deputados e congressistas por estender a lei a eles. Essa lei no Chile para a reparação dos que haviam sido expulsos de postos do Estado contava com o apoio da direita e da esquerda, porque ninguém

queria perder o potencial voto dos possíveis beneficiários. Então, a primeira questão é buscar que este seja um processo muito rigoroso e com critérios não tão abertos a ponto de possibilitar fraudes. No Chile, a verdade surgiu em um processo muito rigoroso, o que tornou as reparações, salvo nessa exceção que apontei, muito mais fáceis.

MT: Existem algumas polêmicas sobre o papel das comissões da verdade, especialmente entre aqueles que as entendem como um meio de esclarecimento factual e aqueles que as entendem como mecanismos de interpretação histórica. Essa distinção faz sentido?

JZ: Em primeiro lugar, não corresponde a essas comissões um trabalho de interpretação histórica, sociológica ou política, porque sobre isso sempre surgirão profundas divergências e, se vamos analisando séries de causas e efeitos, facilmente podemos voltar até o tempo da colônia ou da conquista. O que as comissões devem determinar são feitos que possuem uma grande relevância ética, porque constituem violações de direitos fundamentais, e ao mesmo tempo o contexto imediato desses feitos, quem os praticou, com que técnicas, que estrutura, que metodologia, com amparo em qual sistema legal ou leis de emergência etc.

Em nossa Comissão, tivemos a sorte de contar com os arquivos de organizações da Igreja, que eram arquivos contemporâneos dos fatos, muito ricos e muito completos, só

tivemos que atualizá-los. Ademais, contamos com a boa vontade do Poder Executivo, que deu instruções para todos os organismos a ele vinculados, incluindo necrotérios e institutos forenses que emitiam laudos; a polícia de fronteiras, para examinarmos as possíveis entradas e saídas do país; o serviço fiscal, para examinar o pagamento de impostos; o serviço do correios, para examinar se as pessoas haviam recebido correspondências e em que datas; bem como os mais variados órgãos responsáveis por serviços estatais. Podíamos verificar inclusive se alguém renovou sua licença para conduzir automóveis.

Com o acervo prévio e o acesso a todos esses dados se obtinha uma informação, ainda que indireta, de que um pai de família que tinha hábitos conhecidos desapareceu há quinze anos, um vez que ninguém sabia nada dele, e que as informações indiretas da polícia e afins nada registram sobre ele durante esses 15 anos, que nesse período ele não pagou impostos, não viajou, não renovou a carteira de motorista, não votou etc. Nesse exemplo forma-se uma convicção clara de que a pessoa foi forçada a desaparecer.

Às vezes, outras informações são muito diretas, por exemplo, um informe de autópsia de que uma vítima recebeu um tiro na nuca a queima roupa, e nesse caso se presume que foi uma execução. Nos casos em que as informações são indiretas é necessário valer-se desse aparato de dados do Estado para proporcionar informações

que gerem o que se chamam “presunções fundamentadas”, de tal maneira que o relato tenha uma credulidade potente. É muito importante que em caso de dúvidas se trate de obter uma maior verificação possível, e não posicionar-se por indignação moral, ou por compaixão, declarando a pessoa vítima diante de evidências menos robustas, pois um erro pode invalidar e deslegitimar toda uma tarefa de investigação mais ampla.

MT: Para um processo dessa magnitude certamente é necessário um grupo muito grande de pessoas pra trabalhar, investigar, redigir... Qual era a estrutura física e humana com que contava a Comissão no Chile?

JZ: No Chile, nos tínhamos oito comissionados, eu entre eles, e um conjunto de aproximadamente sessenta pessoas jovens, investigando de acordo com critérios de períodos de tempo, tipo de vítimas, regiões do país etc, em equipes de dois ou três. Mas nosso trabalho não seria possível de realizar se não tivéssemos tido também a informação muito abundante da *Vicaria da Solidaridad*, uma organização da Igreja que começou a funcionar um mês depois do golpe militar e manteve-se ativa até o fim da ditadura, dezesseis anos e meio depois. Em muitos casos essa organização continha 90% do que precisávamos saber, e o que tínhamos que fazer era verificar e complementar. Havia alguns casos novos, mas a grande maioria já se encontrava bastante avançada, o que viabilizou o trabalho com esse pequeno grupo.

MT: Após atuar na Comissão chilena o senhor conheceu muitas outras pelo mundo. Saberá nos dizer qual foi o número de pessoas trabalhando em outras Comissões?

JZ: Sim. Na Comissão da Argentina é um número semelhante ao nosso. Na África do Sul foram mais de trezentas pessoas, porque tinham que estar em vários lugares do país, com mais de 44 milhões de habitantes, portanto, uma população três vezes maior que a do Chile, o que tornou tudo muito complexo. A comissão sul-africana cobria um período ao redor de quarenta anos, e no nosso caso foram apenas dezesseis.

MT: Em que difere a verdade que produz a comissão daquela verdade que pode produzir um informe da sociedade civil, como o *Brasil Nunca Mais*, de um lado, e a verdade que pode produzir-se no processo judicial, de outro?

JZ: O informe da Comissão da Verdade é um informe de uma comissão, um painel de caráter histórico, que é fundamentalmente ético, e não legal. Acredito que não corresponde à Comissão da Verdade aferir culpas por feitos criminosos porque isso seria um equivalente moral a um julgamento sem defesa. O que lhe corresponde é formular uma narrativa focada nas vítimas e na responsabilidade do Estado. À Justiça caberá estabelecer as responsabilidades dos indivíduos.

A informação que uma comissão da verdade produz deve ser crível, e isso tem implicações tanto na composição

dos membros da comissão quanto nos métodos de trabalho que ela poderá ou não empregar. Às vezes, uma informação não estatal é muito crível, porém, não tem o mesmo impacto social que tem uma informação “oficial”. Não é porque o Estado produz uma verdade que ela se torna crível para todos, mas essa produção pelo Estado significa que as instituições da Nação reconhecem um conjunto de fatos que antes eram negados ou controvertidos como verdade, e isso é muito diferente, pela institucionalidade, de termos setores da sociedade formulando um informe que não vincula ao Estado.

A diferença com os julgamentos individuais é que estes têm um propósito distinto. Os julgamentos criminais individuais têm como propósito estabelecer os feitos e determinar a responsabilidade que pode corresponder a um indivíduo determinado, declarando-o como culpado ou inocente, ou partícipe do ato criminoso. Esse resultado vai depender do procedimento, do zelo e da qualidade dos advogados. Ainda, tais casos estão distribuídos em uma quantidade enorme de tribunais, e a dispersão de casos e tribunais não assegura o surgimento de uma narrativa coerente e sistemática. A Comissão da Verdade pode ter uma relação indireta com os julgamentos, como tivemos quando recebíamos informações sobre os possíveis culpados de um dado delito. Nesses casos íamos aos tribunais, e nos tribunais também estavam a imprensa e os familiares, que descobriam os nomes,

se já não os conhecíamos. Não éramos nós que os sentenciavam culpados, isso é importante, pois nos diferenciava enquanto comissionados dos juízes. Diferencia a Comissão da Verdade do Poder Judiciário.

Então a diferença é que um tem por objeto estabelecer uma verdade histórica e moral com uma narrativa que o país possa acreditar de boa fé, na medida em que percebe que os fatos postos são inegáveis. De outro lado, os julgamentos individuais têm por objeto estabelecer a culpa ou a inocência da pessoa determinada, ou de casos determinados, o que constitui um objetivo completamente diferente. Eles têm relação um com outro, porém indireta. A verdade que ficará inscrita nos anais da Nação não surge do conjunto assistemático de casos individuais julgados no Judiciário, mas sim na identificação de padrões e reconhecimento de feitos pela Comissão da Verdade.

MT: Antes de finalizarmos eu gostaria de tratar um pouco do recente julgado da Corte Interamericana condenando o Brasil no caso *Gomes Lund*, também conhecido como “Guerrilha do Araguaia”. Nesse caso, a Corte delibera que o Brasil tem que tomar muitas medidas de verdade, algumas medidas complementares em matéria de reparação, mas, especialmente, que o país tem que adotar medidas penais contra os responsáveis pelos feitos, o que vai diretamente contra a lei de Anistia de 1979, que no ano passado foi reconhecida como válida e bilateral pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, qual



contribuição se pode esperar de uma sentença que talvez o próprio Poder Judiciário não aceite cumprir?

JZ: Em primeiro lugar, a Corte em princípio tem a jurisdição para examinar esses casos sem que isso a constitua em uma sorte de “quarta instância”. Ela trata de estabelecer somente se há ou não, a seu juízo, uma violação dos compromissos que o Estado contraiu ao subscrever tratados internacionais. Em segundo lugar, existe nos organismos internacionais uma tendência que antes se chamava *pro homini* e agora, com o desenvolvimento de uma linguagem não-sexista, se chama *pro persona*, o que quer dizer que em caso de dúvidas se tem que favorecer os direitos antes das restrições, e os petionários antes do que o Estado. Para mim, parece um princípio razoável, sobretudo em função de o Estado ser o detentor de todos os meios institucionais, mas, às vezes, na prática isso significa – sem entrar a fundo no caso que estamos tratando, vez que não o conheço bem – que os fundamentos podem não ser suficientemente sustentáveis.

Por exemplo: sem fazer uma crítica à direção pela qual avança a Corte, mas sim de sua fundamentação no caso concreto, no caso *Almanacid Arellano contra Chile*, me parece pouco apropriado falar de “crimes de guerra” quando não havia uma guerra. O que se quis dizer podia ser mais bem expresso tratando de “crimes contra a humanidade”. Todos estão de acordo quanto ao objetivo que se perseguia, que era o de julgar os responsáveis por gravíssimos crimes, mas

o mais importante é ter não somente um objetivo justo, mas sim chegar a ele de maneira razoável, sendo rigoroso com sua boa fundamentação jurídica.

Nesse sentido, não conheço a argumentação do caso *Gomes Lund*, porém, a Corte deveria convincentemente demonstrar de que se tratam de delitos verdadeiramente imprescritíveis, e que afetivamente existe uma obrigação de punição que transcende o passar do tempo para esses delitos.

MT: Com essa sentença se avivou no Brasil um debate sobre a questão da soberania e da jurisdição internacional. Algumas vozes no Brasil dizem que a sentença da Corte em determinada maneira está a ferir a soberania nacional ao se imiscuir em assuntos internos. Esse é um argumento comum no debate comparado?

JZ: Esse argumento vem sendo utilizado muitíssimas vezes, na maior parte delas no calor de debates políticos, e não jurídicos. Depois da Segunda Guerra Mundial, com o surgimento de uma ordem internacional, de uma normativa internacional de caráter humanitário que compreende o Direito Internacional e os direitos humanos, com grandes avanços no Direito Humanitário, no Direito dos Refugiados, e com o fim do modelo hermético e exclusivista que brotava de um conceito de soberania típico do Pacto de Westfália (a “Paz de Westfália” de 1648), surgiu um conceito mais moderno de soberania, mas passamos a ter de lidar com reminiscências do velho conceito em decadência.

Atualmente não é possível propor que exista uma intervenção da comunidade internacional em assuntos internos quando esta se pronuncia sobre o modo que um Estado trata seus cidadãos, porque essa é uma preocupação que se consubstanciou em uma obrigação ante a família humana enquanto conjunto. E isso já há mais de 60 anos. Contudo, permanece uma velha concepção por uma disputa de prerrogativas entre as próprias Cortes, que tendem a negar validade a qualquer coisa que escape de sua soberania absoluta, como se ainda lidássemos com o conceito de soberania de 1648. Com isso não quero dizer que as falas que deram lugar a essa discussão sejam objeto de crítica, senão que o argumento da soberania se apresenta obsoleto, é ultrapassado.

MT: Professor, ainda temos espaço para uma última pergunta, então eu gostaria de ouvir um pouco sobre as perspectivas para os direitos humanos nos próximos anos. Quais as pautas e desafios do movimento por direitos humanos neste início de século?

JZ: Eu acredito que atualmente vivemos um tempo de maior cautela, para não dizer receio, de alguns setores com a ideia dos direitos humanos. O tempo de crescimento de direitos humanos como uma ideia-força moral foi dos anos 1960 aos anos 1980 e o tempo de consolidação, os anos 1990, e depois do 11 de setembro de 2001, surgiu um certo clima de “revisão” ou talvez “resfriamento”. De toda sorte, a ideia dos direitos humanos está instalada como uma

das grandes forças, como uma grande ideia-força moral da humanidade.

Se pensamos em quais são as prioridades globais, aquelas que atingem a maior parte das sociedades e da comunidade internacional, uma certamente será a questão da segurança. O tema da segurança é tradicionalmente tratado com suspeita pelos movimentos de direitos humanos, uma vez que, em nome da segurança nacional, se cometeram muitos abusos, mas é fundamental reconhecermos que na origem das obrigações dos Estados está proporcionar uma segurança que não seja nem autoritária, nem uma segurança a base de cemitérios e de armas, mas sim que permita às pessoas desenvolverem da melhor forma sua autonomia, terem assegurado seu direito à vida, à integridade física e à liberdade.

Uma primeira forma de ameaça contra a segurança é aquela de ordem planetária, e a América Latina geralmente escapa desses grandes conflitos. Nesse sentido, o foco de atenção sempre foi mais o Oriente Médio, o Irã, o Afeganistão, todo o “distante Oriente”. Uma segunda ameaça é a de grandes facções criminosas que têm uma presença internacional, como, no narcotráfico, as máfias etc. E em terceiro lugar, e muitas vezes vinculada às anteriores, a segurança urbana. A insegurança da vida moderna, do crime nas ruas, onde existem zonas em algumas favelas, por exemplo, que são praticamente territórios proibidos para se entrar, a não ser com forte armamento.



O movimento de direitos humanos tem que ser capaz de desenvolver um conceito de segurança compatível com os direitos humanos, o que não quer dizer uma segurança mais diluída ou “descafeinada”, senão uma forma de segurança que possa ser inclusive mais forte que a polícia, integrando, entre outras estratégias, uma boa polícia, respeitadora dos direitos humanos e também técnica, que conte com o apoio dos cidadãos. Isso é uma grande dívida que temos com a segurança.

Alguns hoje falam em “segurança cidadã” no sentido dado pelas Nações Unidas, referindo-se a um conjunto de noções muito respeitáveis e muito idealistas, mas que no fundo apontam praticamente para tudo o que faz o ser humano potencialmente melhor ou mais feliz. Sob o nome de segurança se fala de segurança humana, que é um meio ambiente de eliminação da pobreza e de realização de todo tipo de coisas ideais. Eu prefiro trabalhar com conceitos um pouco mais estreitos.

O segundo grande tema de prioridade para os direitos humanos é a inclusão social e a superação da exclusão e da discriminação. Entretanto, a fonte da discriminação é tradicionalmente a pobreza, e a pobreza sobreposta por questões de gênero, etnia, minoria sexual ou religiosa. Temos um grande desafio para realizar, que é organizar uma sociedade que funcione com igualdade de oportunidades, de maneira que haja diferença por méritos, e não por berço, por cor, por sexo ou pelo que for.

À parte desses temas de segurança e de inclusão social, que obviamente incluem direitos indígenas, direitos da mulher, direitos de minorias sexuais, direitos dos imigrantes etc, existe uma situação mais estrutural que tem a ver com direitos econômicos, sociais e culturais, porém, não exclusivamente, que se refere a equidade de justiça e as relações econômicas internacionais. Isto é, as relações internacionais de comércio, de financiamento e de cooperação. Acredito que depois que surgiu o tema dos direitos humanos e do aparecimento, mais tarde, do tema do meio ambiente como um tema internacional a partir dos anos 1970, e assim como a partir dos anos 1990 surge o tema do combate à corrupção, o tema que está surgindo no horizonte e que terminará sendo o grande mote do início do século XXI é o de um tratamento equitativo da comunidade internacional, em seu conjunto e em seu interior, em matérias econômicas. O estabelecimento de novas relações globais que permitam que a economia trabalhe para a justiça, sem dúvida alguma, será a pauta do futuro em matéria de direitos humanos. ■

Tradução de Selma Regina Alves dos Santos
e Paulo Goettems



DOSSIÊ JUSTIÇA

▼

“DE FATO, PARA QUALIFICAR AS CONDUTAS E DETERMINAR A PENA APLICÁVEL, AS CONDUTAS SOB JULGAMENTO SÃO INCLUÍDAS NAS FIGURAS DA LEGISLAÇÃO PENAL VIGENTE NO MOMENTO DOS FATOS. LOGO, AO ANALISAR O PROBLEMA DA VIGÊNCIA DA AÇÃO PENAL, SE CONSIDERA QUE EXISTE UMA REGRA DE DIREITO INTERNACIONAL QUE DISPÕE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE. NESSA ANÁLISE, É REALIZADA UMA SEGUNDA SUBSUNÇÃO DAS CONDUTAS COM O INTUITO DE VERIFICAR SE PODEM SER QUALIFICADAS COMO CRIMES CONTRA A HUMANIDADE DE ACORDO COM O DIREITO INTERNACIONAL CONSUETUDINÁRIO. A CONSEQUÊNCIA DESSA CONSTATAÇÃO É A APLICAÇÃO DA REGRA DA IMPRESCRITIBILIDADE.”



A APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO JULGAMENTO DO TERRORISMO DE ESTADO NA ARGENTINA

Pablo F. Parenti

Coordenador da Unidade Fiscal de Coordenação e Seguimento de Causas por Violações de Direitos Humanos, Ministério Público Federal (Argentina)

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho serão descritos os principais aspectos que mostram a jurisprudência argentina no julgamento dos múltiplos e graves delitos cometidos no marco do terrorismo de Estado.

Uma das características particulares dessa jurisprudência é a crescente aplicação de normas do Direito Internacional Público (Direito Penal Internacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos). Isso aconteceu fundamentalmente nos processos penais pelos fatos cometidos pela última ditadura (1976-1983); contudo, o universo de casos em que foi dada relevância a normas internacionais também compreende fatos cometidos por outros governos ditatoriais da região (no marco do chamado “Plano Condor”), processos de extradição e, ultimamente, delitos cometidos pela organização denominada “Tripla A,” que agiu na Argentina, com recursos estatais e ao amparo de autoridades do governo, anteriormente ao golpe militar de 24 de março de 1976.

Os temas principais nos quais o DPI e o DIDH tiveram relevância são a imprescritibilidade, os limites às anistias e indultos, a proscrição dos tribunais militares e o direito à verdade.

2. APLICAÇÃO DE NORMAS DO DPI PELOS TRIBUNAIS ARGENTINOS. A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Um capítulo em destaque da jurisprudência argentina se refere ao modo em que os tribunais vêm aplicando as normas do DPI e do DIDH, tanto em casos de extradição como em processos de atribuição de responsabilidade penal. Em todos esses casos, o problema concreto que enfrentavam era se a ação penal se encontrava ou não prescrita. O recurso às normas internacionais permitiu afirmar a vigência da ação penal quando uma solução baseada exclusivamente em normas de Direito nacional conduzia à prescrição. Esse modo de resolver ocasiona complexos debates que envolvem questões de índole diversa, entre elas: (a) a recepção do Direito Internacional na ordem jurídica argentina e (b) o valor dessas normas internacionais frente à ordem constitucional – em particular, frente ao princípio de legalidade.

Neste relatório, tentaremos refletir sobre os principais argumentos utilizados pela jurisprudência nacional para fundar ou rebater a aplicação de cada uma das normas internacionais em jogo. Esses argumentos se referem principalmente à possível aplicação, a efeitos da declaração de imprescritibilidade, do costume internacional e da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade.

2.1. O COSTUME INTERNACIONAL COMO FUNDAMENTO PARA A IMPRESCRITIBILIDADE

A discussão sobre a viabilidade de fundar a imprescritibilidade no costume internacional se iniciou na Argentina a partir do voto do juiz Leopoldo Schiffrin no processo de extradição de Schwammberger, em 1989¹. Anteriormente, em 1995, foi a própria CSJN que baseou no costume internacional sua decisão de extraditar Erich Priebke para a República da Itália². A partir de 1998, a doutrina originada desses precedentes começou a ser usada por juizes argentinos nos casos estritamente penais. Essa linha jurisprudencial foi se abrindo de forma crescente até sua ratificação por parte da CSJN nos casos *Arancibia Clavel* (2004)³ e *Simón* (2005)⁴.

1 Sentença da Câmara Federal de La Plata de 30.8.1989.

2 Sentença da CSJN de 2.11.1995. As sentenças da CSJN se encontram disponíveis no site <<http://www.csjn.gov.ar>>.

3 Sentença da CSJN de 24.8.2004.

4 Sentença da CSJN de 14.6.2005.

É importante lembrar que, na República Argentina, a regra da imprescritibilidade dos crimes de Direito Internacional foi recolhida em um enunciado normativo escrito, a partir da entrada em vigor para a República Argentina, da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade⁵. Anteriormente, só podia ser afirmada a vigência dessa norma sobre a base do Direito Internacional Consuetudinário. O dado é relevante se for levado em conta que os fatos que são objeto de julgamento atualmente na Argentina e, com relação aos quais está sendo sustentada sua imprescritibilidade, são os delitos cometidos no marco da repressão ilegal ocorrida durante a década de 1970 e início da década seguinte.

Por outro lado, cabe pontuar que a legislação penal argentina até janeiro de 2007, quando entrou em vigor a lei de implementação do ECPI⁶, não contava com formas penais que coincidissem literalmente com as descrições típicas da maior parte das figuras do DPI. Isso não implica que as condutas foram atípicas, sendo que existiam formas penais que as proibiam ainda quando os elementos típicos eram somente parcialmente coincidentes com os das figuras internacionais. A inexistência de formas penais que especificamente descrevam as condutas que fazem referência à regra da imprescritibilidade tem gerado diversos debates sobre a pertinência da aplicação da referida regra no âmbito nacional.

O procedimento de aplicação do costume por parte dos tribunais argentinos pode ser descrito, de modo geral, como um procedimento de *dupla inclusão* dos fatos. De fato, as condutas que dão base à imputação classificam-se, por um lado, em uma ou mais formas penais da legislação e, por outro, se qualificam de acordo com a tipologia própria do DPI – em particular, os crimes contra a humanidade –, subordinada da qual se deriva a aplicação no caso da regra da imprescritibilidade.

A seguir, serão expostos os principais argumentos sustentados pela jurisprudência nacional para estabelecer ou rejeitar a aplicação da regra da imprescritibilidade de base consuetudinária.

2.1.1. Recepção das normas consuetudinárias do DPI na disposição jurídica argentina

Existem duas linhas de argumentos principais na jurisprudência argentina para sustentar a aplicação prioritária das normas consuetudinárias do DPI. Uma se baseia na interpretação ampla do art. 118 da CN, norma que é inserida no capítulo relativo às “Atribuições do Poder Judicial” e que dispõe:

⁵ A Convenção foi aprovada pela lei 24.584, promulgada em 1.9.1995; em 8.8.2003, foi emitido o decreto de adesão (decreto 579/2003) e, no dia 23 desse mês, foi depositado o correspondente instrumento. Como será explicado em seguida, a Convenção obteve hierarquia constitucional mediante a Lei 25.778, aprovada em 20.8.2003 com fundamento no art. 75, inc. 22, da CN.

⁶ Lei 26.200, sancionada em 13.12.2006 e publicada em 9.1.2007.

Todos os processos criminais ordinários, que não são derivados do despacho de acusação concedido na Câmara de Deputados, serão finalizados por jurados, assim que essa instituição for estabelecida na República. A atuação desses julgamentos serão realizados no mesmo Estado onde o delito teria sido cometido; mas quando este for cometido fora dos limites da Nação, contra o direito das gentes, o Congresso determinará por uma lei especial o lugar em que deverá seguir o julgamento⁷.

A norma transcrita consagra o princípio *forum delicti commissi*, ao dispor que os processos criminais sejam realizados no mesmo Estado⁸ onde o delito foi cometido. Na sua última parte, reconhece a jurisdição do Poder Judicial da Nação para julgar delitos “contra os Direitos Humanos” ainda quando esses são cometidos fora do território nacional. Com o objetivo de regulamentar essa jurisdição extraterritorial, a Constituição Nacional deixa nas mãos do Congresso (legislatura nacional) a promulgação de uma lei especial que determine o lugar onde será realizado o julgamento.

Além desse conteúdo incontestável, certa jurisprudência compreendeu que a disposição mencionada expressa um compromisso do Estado argentino com a persecução dos crimes definidos pelo Direito Internacional Público e, mais ainda, uma abertura constitucional para as regras próprias do Direito Internacional nesse assunto. Desse modo, a CN receberia no âmbito constitucional as normas do DPI.

Uma segunda linha de argumentação enfatiza a existência de uma ordem pública internacional em cujo ápice se encontram as normas imperativas (*ius cogens*). Essa ordem pública internacional não só conformaria um Direito com validade universal, como também, além disso, deveria ser aplicada no âmbito nacional de modo privilegiado. Essa interpretação parte já de uma concepção do ordenamento jurídico que coloca como prioridade o Direito Internacional, pelo menos um Direito Internacional “inderrogável” por vontade do Estado⁹.

Ambas as linhas de argumentação frequentemente aparecem expostas de maneira conjunta, de tal modo que a interpretação constitucional que se propõe, em especial, do art. 118 CN, se vê fortalecida pela ideia, assumida pelo intérprete, de que existe uma ordem internacional que prevalece *também* no âmbito interno.

7 Este artigo aparece na CN desde sua sanção no ano 1853 (até a reforma constitucional de 1994 aparecia como art. 102).

8 A República Argentina é uma Confederação de Estados.

9 Este posicionamento parece ser o sustentado, entre outros, pelo juiz Maqueda, quando afirma com relação ao *ius cogens*: “Trata-se da mais alta fonte do Direito Internacional que se impõe aos Estados e que proíbe a comissão de crimes contra a humanidade, inclusive em épocas de guerra. Não é susceptível de ser derogada por tratados em contrário e deve ser aplicada por tribunais internos dos países independentemente da sua eventual aceitação expressa” (consid. 45 do seu voto na sentença *Simón*, o destacado se agrega).

Como já foi mencionado, essa postura da jurisprudência argentina reconhece suas origens no voto de Leopoldo Schiffrin no processo de extradição de Schwammberger. Nesse caso, o juiz analisou se a modificação *ex post facto* de leis sobre prescrição por parte da Alemanha (país requerente) era compatível ou não com a ordem pública argentina, em particular com o princípio de legalidade em matéria penal. Schiffrin entendeu que, embora a ordem pública impedisse outorgar valor às leis *ex post facto* em matéria de prescrição (por afetar a proibição de retroatividade), não era dessa forma no caso das leis alemãs em questão, já que estas só tinham significado com uma *medida de adequação do Direito estatal alemão à ordem pública internacional*, isto é, à mesma ordem pública internacional à qual se encontrava submetida a República Argentina, cuja CN assim a reconhecia no seu artigo 118 (art. 102 para a época da sentença).

Um tempo depois foi a CSJN que utilizou o art. 118 da CN para sustentar a vigência da ação no pedido de extradição de Erich Priebke por parte da Itália. O valor desse precedente para a jurisprudência argentina radica não somente o que emana do mais alto tribunal do país, mas, nesse caso a pergunta que deveria ser respondida era se os fatos imputados a Priebke estavam ou não prescritos no *ordenamento interno argentino*¹⁰. Uma solução do caso baseada exclusivamente na aplicação do Código Penal ou do Código de Justiça Militar conduzia à prescrição da ação, dado que as figuras penais aplicáveis estavam associadas a regras de prescrição com prazos já vencidos. A maioria da CSJN, porém, analisou o problema da prescrição sobre a base do Direito Internacional Consuetudinário (citando para isso o art. 118 de CN) e concluiu que os fatos eram imprescritíveis.

A jurisprudência que, a partir do ano 1998, traduziu a doutrina de Schiffrin em *Schwammeberger* e da maioria da CSJN em *Priebke* a casos de julgamento de condutas também utilizou o art. 118. da CN como fundamento normativo para a aplicação das normas de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Em geral, essa jurisprudência interpretou que a recepção constitucional do DPI impõe a aplicação no âmbito interno daquelas normas com validade universal, isto é, o costume geral e, especialmente, as normas *ius cogens*. Nessa medida, a própria CN consagraria uma exceção nesse âmbito à vigência do princípio de legalidade estabelecido no art. 18 da CN, que exige, segundo se tem interpretado tradicionalmente, *lex praevia, scripta, certa e stricta*.

2.1.2. O uso do costume internacional e o princípio de legalidade.

Embora a CSJN tradicionalmente tenha considerado que não existe um direito constitucional à prescrição, tem sustentado desde a sentença *Mirás* (1973) que as normas sobre prescrição foram obtidas pelo princípio de legalidade consagrado no art. 18 da CN e, portanto, submetidas

¹⁰ Em *Schwammberger*, esse problema não se apresentava e a pergunta era pela admissibilidade de normas estrangeiras ditas *ex post facto*.

aos requisitos que esse princípio impõe (*lex praevia, scripta, certa, stricta*). O emprego do costume internacional para fundar a imprescritibilidade da ação penal com relação aos delitos que, segundo o Código Penal, têm previsto prazos de prescrição gera um debate sobre se isso é compatível com o princípio de legalidade constitucional¹¹.

Dessa forma, o emprego da categoria (consuetudinária) dos “crimes contra a humanidade” como um pressuposto de aplicação da norma (consuetudinária) que consagra a imprescritibilidade circunscreve o debate sobre o alcance do princípio de legalidade a uma questão da chamada “parte geral” do Direito Penal: a prescrição

A jurisprudência atualmente dominante afirma que a forma consuetudinária que estabelece a imprescritibilidade já estava vigente no momento de comissão dos fatos com relação aos quais tal regra é aplicada. Desse modo, o requisito de uma *norma prévia* estaria resolvido. O art. 18 da CN, porém, exige também que a legislação penal conste em enunciados normativos escritos (*lex scripta*) criados por “lei” do Congresso da Nação (princípio de reserva de lei). O descumprimento desses aspectos do princípio de legalidade é a objeção mais corrente contra o uso do costume internacional nesse âmbito¹².

Como já foi mencionado, a maior parte da jurisprudência entende que o art. 118 da CN admite, no âmbito constitucional, as

normas consuetudinárias referentes aos delitos contra os direitos humanos, entre elas a que consagra a imprescritibilidade. Essa recepção constitucional implicaria um aval para o uso de uma fonte que não pode cumprir todas as exigências que o art. 18 da CN estabelece para a legislação penal.

Embora em algumas sentenças tenha sido afirmado que o art. 18 CN é diretamente *inaplicável* no momento de julgar delitos contra os direitos humanos¹³, em geral, a jurisprudência tem se conformado em admitir certas exceções ao princípio de legalidade constitucional que se justificam nas características próprias do Direito Internacional. Em particular, isso tem ocorrido

¹¹ Uma outra questão, que logo será tratada, é se a regra da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade pode ser aplicada quando as condutas são classificadas em tipos penais comuns (homicídio, privação da liberdade, tormentos etc.).

¹² Em geral, não se tem questionado a afirmação anterior: que a imprescritibilidade fora efetivamente uma norma consuetudinária já vigente na década de 1970.

¹³ Assim, por exemplo, tem sustentado a Sala II da Câmara Federal da Capital Federal, em 4 de maio de 2000, no caso “Astiz, Alfredo s/nulidade” (reg. 17491).

com o caráter não escrito da norma consuetudinária e com a falta de uma lei no sentido formal ditada pelo parlamento. Essa posição foi sustentada entre outros pelo Procurador Geral da Nação ao dar um parecer perante a CSJN no caso *Simón*:

[...] com relação à exigência de lei formal, considero evidente que o fundamento político (democrático-representativo) que explica essa limitação no âmbito nacional não pode ser transferido ao âmbito do Direito Internacional, que se caracteriza, precisamente, pela ausência de um órgão legislativo centralizado, e reserva o processo criador de normas à atividade dos Estados. Isso, sem prejuízo de destacar que, no que corresponde ao requisito de norma jurídica escrita, este se encontra assegurado pelo conjunto de resoluções, declarações e instrumentos convencionais que conformam o corpus do Direito Internacional dos Direitos Humanos e que deram origem à norma de ius cogens relativa à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade¹⁴.

Outro traço que caracteriza a jurisprudência majoritária é que, em geral, tem se encarregado de remarcar a existência de tipos penais que já proibiam as condutas objeto de julgamento. Dessa maneira, se destaca que o princípio de legalidade do art. 18 da CN está presumido em seus âmbitos mais sensíveis: a *tipicidade* e a *pena*. O debate em torno do *nullum crimen* se apresenta, então, como uma questão somente vinculada à parte *geral* do Direito Penal (a prescrição).

De fato, para qualificar as condutas e determinar a pena aplicável, as condutas sob julgamento são incluídas nas figuras da legislação penal vigente no momento dos fatos. Logo, ao analisar o problema da vigência da ação penal, se considera que existe uma regra de Direito Internacional que dispõe a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Nessa análise, é realizada uma segunda subsunção das condutas com o intuito de verificar se podem ser qualificadas como crimes contra a humanidade de acordo com o Direito Internacional Consuetudinário. A consequência dessa constatação é a aplicação da regra da imprescritibilidade.

Em síntese, segundo esse raciocínio, os tipos penais da legislação nacional contêm a definição da conduta delitativa merecedora da pena prevista, enquanto que a subsunção dos fatos em uma figura do DPI é o pressuposto para a aplicação da regra da imprescritibilidade. Nessa linha de fundamentação, as figuras do DPI não cumprem um papel relevante na análise da tipicidade da conduta, mas sim no momento de analisar a vigência da ação penal¹⁵.

¹⁴ Essa última afirmação parece fazer referência ao requisito de que o costume esteja refletido em algum texto escrito para segurar a taxatividade, tal como explica Alicia Gil Gil (cf. Alicia Gil Gil: *Direito Penal Internacional*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 88 e ss.). Deve-se dizer, de todos os modos, que a fonte aplicável (ainda com esse requisito) é o costume e não o texto escrito no qual esta fica refletida.

¹⁵ Assim, as figuras do DPI que habilitam a aplicar a imprescritibilidade funcionariam como uma categoria similar a outras categorias (não referidas à tipicidade) como a de "graves violações dos direitos humanos" no sistema interamericano.

Dessa forma, o emprego da categoria (consuetudinária) dos “crimes contra a humanidade” como um pressuposto de aplicação da norma (consuetudinária) que consagra a imprescritibilidade circunscreve o debate sobre o alcance do princípio de legalidade a uma questão da chamada “parte geral” do Direito Penal: a prescrição. Como exemplo dessa ideia pode-se citar a postura do Procurador Geral da Nação no caso *Simón*:

Com relação a sua condição de lesa-humanidade e sua consequência direta, a imprescritibilidade, não se pode evitar que o princípio de legalidade material não projete suas consequências com a mesma intensidade sobre todos os campos do Direito Penal, mas que esta é relativa às particularidades do objeto que deve ser regularizado. Em particular, no que corresponde ao mandato de elementos gerais do delito, não é necessário alcançar o padrão de precisão que é condição de validade para a formulação dos tipos delitivos da parte especial (cf. Jakobs, Direito Penal, Madri, 1995, ps. 89 y ss.; Roxin, Direito Penal, Madri, 1997, ps. 363 y ss.) E, nesse sentido, não advirto nem na qualificação da desapareição forçada como crime contra a humanidade, nem na postulação de que esses ilícitos são imprescritíveis, um grau de precisão menor que o que habitualmente é exigido para a normas da parte geral; especialmente no que diz respeito a esta última característica, que não faz mais que expressar que não há um limite temporário para a persecução penal.

2.2. APLICAÇÃO RETROATIVA DA CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E DOS CRIMES DE LESA-HUMANIDADE

As primeiras decisões judiciais que aplicaram a regra da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foram baseadas, como foi descrito, no argumento de que tal regra estava consagrada no costume internacional. No entanto, logo após a ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade e de que o Congresso lhe outorgasse hierarquia constitucional, em agosto de 2003¹⁶, a jurisprudência argentina começou a aplicar também a referida Convenção. Seu emprego com relação às condutas cometidas com anterioridade à sua ratificação gera um debate em relação à sua retroatividade.

¹⁶ A Convenção foi ratificada em 23.8.2003, dias depois de ditado o decreto presidencial que assim o dispôs. Entretanto, em 20.8.2003, o Congresso ditou a lei 25.778, que lhe outorgou hierarquia constitucional nos termos do art. 75, inc., 22 da CN. Segundo a CN, os tratados internacionais, por normas, se encontram em um nível inferior à Constituição Nacional (art. 27) e superior às leis (art. 75, inc. 22, da CN). Por sua vez, possuem “hierarquia constitucional” os tratados e instrumentos internacionais mencionados expressamente no art. 75 inc. 22, da CN. Finalmente, essa norma prevê a possibilidade de que o Congresso outorgue hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos mediante sua aprovação por uma maioria de suas terceiras partes dos votos de cada uma das duas Câmaras (Deputados e Senadores).



Sabe-se que a Convenção “afirma” a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, expressão com a qual se tentou deixar claro que não estava criando uma norma até esse momento inexistente, e sim que se estava inserindo no texto uma norma que já estava vigente. Dessa forma, os redatores da Convenção partiram do princípio de que a imprescritibilidade já regia antes de sua elaboração e que por isso não é materialmente retroativa quando afirma que os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, “qualquer que seja a data em que se tenham cometido” (art. I).

O principal argumento sustentado pelos juízes que defendem a aplicação da Convenção para fatos anteriores à sua retificação também se apoia na vigência prévia da imprescritibilidade no Direito Internacional Consuetudinário. Especificamente, o costume internacional aparece mencionado para negar que a Convenção seja uma norma *materialmente* retroativa. A retroatividade da Convenção seria só *formal* (enquanto sua forma escrita), dado que a *norma* que estabelece a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade já teria estado vigente antes como normas consagradas no costume internacional.

Essa postura pode ser vista claramente nos votos de Zaffaroni e de Highton de Nolasco nas sentenças *Arancibia Clavel e Simón*¹⁷. Assim, no voto de Zaffaroni em *Simon*, pode ler-se:

*Esta Convenção [...] não faz imprescritíveis crimes que antes eram prescritíveis, mas se limita a codificar como tratado o que antes era ius cogens em função do Direito Internacional Público Consuetudinário, sendo matéria pacífica que, nesse ramo jurídico, o costume internacional é uma das suas fontes*¹⁸.

Com a mesma lógica, no caso *Lariz Iriondo*, a falta de verificação de um costume internacional anterior aos fatos tem sido alegada como um impedimento para aplicar retroativamente convenções posteriores¹⁹.

Além do argumento baseado na existência prévia de uma norma consuetudinária que já estabelecia a imprescritibilidade, alguns juízes têm destacado que a concessão de hierarquia constitucional à Convenção dissipa qualquer possível conflito com normas fundamentais, dado que sua compatibilidade com a CN já teria sido analisada pela constituinte no momento de lhe outorgar hierarquia constitucional²⁰.

2.3. A CADH COMO FUNDAMENTO DA IMPRESCRITIBILIDADE

A relevância da CADH em matéria de prescrição tem se tornado evidente a partir do caso *Barrios Altos* (2001), no qual a Corte Interamericana afirmou que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a sanção dos responsáveis pelas violações graves dos direitos humanos.

17 Cabe lembrar que Zaffaroni e Highton também sustentaram em *Arancibia Clavel* que as razões que fundam a prescrição não são aplicáveis com relação a esses tipos de crimes (considerandos 19 e ss.).

18 Considerando 27.

19 Cabe destacar no sentido sustentado pelos juízes Zaffaroni e Maqueda no caso *Lariz Iriondo* (CSJN, 10.5.2005). Ali, a CSJN devia revisar a decisão de um juiz que havia rejeitado a extradição à Espanha por entender que o fato estava prescrito. Sobre a possibilidade de catalogar como crimes contra a humanidade e, portanto, imprescritíveis, os atos de terrorismo atribuídos a Lariz Iriondo, os juízes mencionados consideraram que o conceito de terrorismo tem sido sumamente difuso e amplamente discutido e que, diferentemente dos crimes contra a humanidade, não podia afirmar que o terrorismo foi um crime definido pelo Direito Internacional Consuetudinário antes de ser inserido em convenções internacionais. Acrescentam que: “esta Corte considera imprescritível os delitos de lesa-humanidade cometidos antes da ratificação das convenções respectivas, quando o Direito Internacional Consuetudinário os considera tais, também antes das convenções, mas não pode adotar igual critério com relação àqueles que antes das convenções respectivas não eram reconhecidos nessa categoria, nem com essas consequências em matéria de imprescritibilidade pelo Direito Internacional Consuetudinário; pois, nesse último suposto, estaria fazendo aplicação retroativa da convenção” (cf. considerando 30, sem destacar no original).

20 Essa posição é sustentada especialmente pelo juiz Boggiano nas sentenças *Arancibia Clavel e Simón*.

No entanto, com relação ao julgamento dos crimes cometidos no marco do terrorismo de Estado, a jurisprudência argentina não tem se apoiado demasiadamente na CADH e na jurisprudência da Corte Interamericana.

Embora vários juízes mencionem, entre os fundamentos das suas sentenças, a obrigação de investigar e sancionar que deriva da CADH e os limites à prescrição em caso de graves violações aos direitos humanos, é claro que os argumentos centrais dessas decisões são baseados na aplicação da regra da imprescritibilidade própria do Direito Penal Internacional, do modo em que foi exposto nos dois capítulos anteriores.

3. ANISTIAS E INDULTOS

Outro capítulo relevante na história da persecução penal dos fatos cometidos pela ditadura militar se refere às sucessivas normas de impunidade que foram ditando-se e ao modo em que os obstáculos normativos para o avanço dos processos que essas normas impuseram foram se superando. Como se tentará refletir a seguir, a relevância do Direito Internacional na discussão da validade dessas normas só aparece nitidamente na jurisprudência nacional dos últimos anos.

3.1. A “LEI DE AUTOANISTIA”

Primeiramente, deve-se mencionar a “autoanistia” ditada pelo regime militar pouco tempo antes de seu término. Tal como ocorreu em outros países da região, o sistema de repressão se apoiou principalmente na atuação clandestina do Estado. No marco dessa atuação clandestina, os agentes estatais envolvidos realizaram múltiplos fatos com relevância penal. Cabe lembrar que a ditadura não ditou uma legislação que pretendia eliminar o caráter delitivo dessas condutas, o que, talvez, teria sido contraditório com a clandestinidade própria do sistema repressivo. Para o governo ditatorial, existia, então, o risco de que fossem perseguidos penalmente esses fatos após a presunção do governo *de iure*. Isso levou o governo militar a ditar a “Lei de Pacificação Nacional”, denominada comumente como “Lei de autoanistia”, mediante a qual foram declaradas extinguidas “as ações penais emergentes dos delitos cometidos com motivação ou finalidade terrorista ou subversiva, desde 25 de maio de 1973 até 17 de junho de 1982” e “todos os fatos de natureza penal realizados na ocasião ou com motivo do desenvolvimento de ações dirigidas a prevenir, conjurar ou por fim às referidas atividades terroristas ou subversivas, qualquer tivesse sido sua natureza ou o bem jurídico lesionado”²¹.

21 Cf.a “lei” *de facto* 22.924 (BO: 27.9.1983).

Essa norma, no entanto, não foi uma grande escolha para o avanço dos processos, dado que foi rapidamente invalidada. Alguns juízes declararam sua inconstitucionalidade dias antes da posse das autoridades eleitas. Por sua vez, o novo governo impulsionou um novo projeto de lei para anular a “autoanistia”. Assim foi que o Congresso sancionou, em 22 de dezembro de 1983, a lei 23.040, que revogou por inconstitucionalidade e declarou irremediavelmente nula a lei de fato 22.924²². Essa decisão legislativa foi convalidada posteriormente pelo Poder Judicial. Os argumentos jurídicos para sustentar a validade da lei 23.040 e a invalidade da “autoanistia” não se apoiaram em normas de Direito Internacional, mas se centraram basicamente em seu caráter de norma *de facto*, em que era fruto do abuso de poder.

3.2. AS LEIS DE “PONTO FINAL” E DE “OBEDIÊNCIA DEVIDA”

A partir da anulação da “lei de autoanistia”, se produziu certo avanço na investigação penal dos fatos²³ e chegaram a se impor algumas condenações. O processo penal mais importante foi o julgamento dos integrantes das três primeiras juntas militares (conhecido também como “julgamento dos comandantes”). Após a sentença proferida nesse julgamento²⁴, o governo implementou várias medidas para limitar o avanço dos processos, entre as quais se destacam as leis de “ponto final” e de “obediência devida”.

Mediante a *lei de “ponto final”*, se dispôs a extinção da ação penal para os delitos cometidos pelo pessoal das Forças Armadas e de segurança, entre 24 de março de 1976 e 26 de setembro de 1983, “nas operações realizadas com o motivo alegado de reprimir o terrorismo”²⁵. Como condição para gozar do benefício consagrado nessa lei, era solicitado que a pessoa não fosse fugitiva, declarada em rebeldia ou que não se ordenasse sua citação a prestar declaração de inquérito antes dos sessenta dias corridos a partir da data de promulgação da lei. A estratégia do governo foi em parte frustrada porque dentro do prazo referido se produziram numerosas citações para prestar declaração de inquérito. Meses depois, e após um levantamento militar, o Poder Executivo remeteu ao Congresso o projeto da *lei de “obediência devida”*, que foi sancionado em 4 de junho de 1987²⁶. Essa lei dispôs, sem admitir comprovação contrária, a presunção de que o pessoal das Forças Armadas e de segurança até certo grau hierárquico tinha agido

22 A lei 23.040 (BO: 29.12.1983).

23 Ainda com as limitações impostas pela atribuição de competência à jurisdição militar (cf. o decreto 158/83 e a lei 23.049).

24 A sentença foi ditada pela Câmara Federal no Criminal e Correccional Federal da Capital Federal, em 9 de dezembro de 1985, na “Causa originariamente instruída pelo Congresso supremo das Forças Armadas em cumprimento do decreto 158/83 do P.E.N.!” Foi confirmada pela CSJN como a única condição de que certos fatos se consideraram prescritos.

25 Cf. lei 23.492 (BO: 29.12.1986).

26 Cf. lei 23.521 (BO: 9.6.1987).

em virtude de obediência devida, razão pela qual não eram “puníveis”. A lei acrescentava que “será considerado de pleno direito que as pessoas mencionadas trabalharam em estado de coerção sob subordinação à autoridade superior e em cumprimento de ordens, sem capacidade ou possibilidade de inspeção, oposição ou resistência a estes com relação a sua oportunidade e legitimidade”²⁷.

A lei de obediência devida foi convalidada poucos dias depois pela Corte Suprema de Justiça da Nação, ao revisar a pena proferida pela Câmara Federal contra alguns militares e policiais²⁸. A maioria da Corte entendeu que o ditado dessa norma estava dentro das faculdades próprias do Poder Legislativo. Resultam ilustrativas do modo em que a questão foi analisada as palavras do juiz Petracchi, que declarou em seu voto:

*[...] é preciso advertir que a lei não pode ser interpretada sem considerar a particular conjuntura política que a motiva, nem com indiferença dos efeitos que poderia desencadear sua invalidação por este tribunal [...] Não obstante as graves deficiências de que padece a norma em estudo, esta Corte não pode desconhecer que, além da letra da lei, existe uma clara decisão política do legislador, cujo acerto ou erro não cabe ao Poder Judicial avaliar*²⁹.

Se forem analisados os argumentos expostos nessa sentença e em outras posteriores, se adverte que os questionamentos à lei de obediência devida (*a*) são baseados predominantemente em normas de Direito nacional e (*b*) não atacam frontalmente o poder de ditar normas que consagrem a impunidade de certa classe de fatos, mas sim se baseiam em outras características da lei que a tornariam inválida: a falta de generalidade que se requereria para ser considerada uma anistia; a usurpação de funções judiciais por parte do Poder Legislativo ao ditar uma norma que materialmente é uma sentença toda vez que fixa os fatos (que se cumpriram ordens superiores; a não possibilidade de inspeção do seu conteúdo antijurídico, que existiu coerção etc.) e a resolução sobre a relevância jurídica das circunstâncias factuais mencionadas (as condutas “não são puníveis”)³⁰.

27 A lei de ponto final não abrangia os delitos de subtração de menores e substituição da identidade e a lei de obediência devida deixava fora do seu alcance os delitos de violação, subtração e ocultação de menores, substituição do seu estado civil e apropriação extorsiva de imóveis; assim como deixava fora do seu alcance todos os delitos cometidos por quem tinha cargos superiores às posições definidas pela lei ou por quem tivesse tido capacidade decisória ou tivesse intervindo na elaboração das ordens (extremo que devia verificar-se antes dos 30 dias de promulgada a lei).

28 Sentença do 22.6.1987 na “Causa arquivada em virtude do decreto 280/84 do Poder Executivo Nacional”.

29 Cf. Considerando 34.

30 Como tem observado o jurista argentino Marcelo Sancianetti, a lei de “obediência devida” como sentença era, além disso, incorreta, já que considerava “não puníveis” as condutas que de nenhum modo podiam ficar isentas de pena por obediência devida, dado que as ações ordenadas eram notoriamente ilegítimas (ver *infra*, ponto 4).

3.3. INDULTOS

O alcance da política de impunidade motivada pelo governo do presidente Alfonsín teve direta relação com sua ideia de que deviam se diferenciar *três níveis de responsabilidade*: em primeiro lugar, os que elaboraram e deram as ordens; em segundo lugar, os que as cumpriram e, finalmente, os que as excederam ao realizar as condutas não abrangidas pelo plano de repressão. Isso se incorporou à lei de obediência devida, cujo efeito foi eximir de responsabilidade penal o grupo majoritário que havia agido conforme as pautas repressivas fixadas pela junta militar, isto é, os que tinham agido cumprindo ordens superiores³¹. Ficavam fora do seu alcance os que tinham elaborado ou ditado as ordens e os que tinham cometido condutas que excediam o marco dessas diretivas. O passo seguinte foi dado pelo presidente Carlos Menem, por meio de uma sucessão de decretos de indulto que beneficiou o pessoal de alta graduação que tinha ficado excluído dos benefícios das leis anteriormente mencionadas.

O primeiro decreto de indulto foi ditado em 6 de outubro de 1989 e beneficiou mais de cinquenta pessoas que estavam com processos penais em trâmite (decreto 1002/89). Não se tratava, portanto, de um indulto a favor de pessoas condenadas, e sim de pessoas processadas. O indulto, portanto, não só eximia de pena, como também diretamente fechava a investigação dos fatos mediante o processo penal.

No final do ano seguinte, foram ditados novos indultos, entre os quais cabe destacar o 2741/90, que beneficiou os membros das juntas militares que tinham sido condenados em juízo: os comandantes (causa 13/83), duas pessoas condenadas em outra causa (causa 44/85) e três membros da primeira junta militar que foram processados. Dessa forma, o decreto abrangeu tanto as pessoas condenadas como processadas. Igualmente, devem ser mencionados os decretos 2745/90 e 2746/90, que favoreceram, respectivamente, José Alfredo Martínez de Hoz, processado pelo delito de sequestro extorsivo, e Guillermo Suarez Mason, que se encontrava processado por uma grande quantidade de fatos cometidos em seu caráter de chefe de uma das cinco zonas militares nas quais se encontrava dividida a estrutura militar utilizada para realizar a repressão ilegal.

A discussão sobre a validade dos indultos se centrou na possibilidade do poder que a Constituição nacional outorgava ao presidente da Nação de se referir exclusivamente às pessoas *condenadas* ou se também abrangia a possibilidade de absolver as pessoas processadas. Desse modo, o debate se limitou a um aspecto formal referido no momento que se exerce o poder e não a

31 A lei de ponto final não diferenciava níveis de responsabilidade e, portanto, podia beneficiar não só a quem se “limitou” a cumprir ordens sem participar na sua elaboração. Embora esse benefício não pudesse alcançar os membros das juntas militares já julgados no processo da Câmara Federal nem os quadros imediatamente inferiores que fossem rebeldes, foragidos ou chamados a prestar declaração interrogativa dentro dos 60 dias de promulgada a lei.

limites materiais vinculados à gravidade dos fatos. A CSJN validou os indultos ao entender que poderiam ser ditados também com relação às pessoas processadas³².

3.4. SUPERAÇÃO DAS NORMAS DE IMPUNIDADE

Situação atual

Do ponto de vista da argumentação jurídica contra a validade das normas da impunidade, é decisivo o desenvolvimento que tem tido o Direito Internacional nos últimos anos, assim como sua crescente aplicação por parte dos tribunais argentinos. Os principais argumentos para negar validade às normas que encerraram os processos penais provêm, precisamente, da jurisprudência dos órgãos de aplicação de alguns tratados sobre direitos humanos em casos nos quais as vítimas dos delitos têm denunciado os Estados por não investigar nem sancionar penalmente os seus autores.

No caso argentino, a primeira sentença que declarou a invalidade das leis de ponto final e de obediência devida foi proferida em 6 de março de 2001, no âmbito da investigação do desaparecimento forçado durante o casamento de José Poblete e Gertrudis Hlaczik³³. Essa decisão foi confirmada meses depois pela Câmara Federal da Capital Federal e acompanhada em seguida por uma importante quantidade de precedentes de igual teor ditados por tribunais de diversos lugares do país³⁴. Finalmente, em 2005, foi a própria CSJN que declarou a invalidade das leis de ponto final e de obediência devida³⁵, se afastando, desse modo, do que vinha sustentando esse tribunal desde 1987.

Embora as sentenças que declararam a invalidade das leis de ponto final e de obediência devida mencionassem diversos argumentos de Direito nacional e internacional, o argumento que mais se destaca é o de que as normas mencionadas são transgressoras dos arts. 1, 2, 8 e 25 da CADH, tal como os interpreta a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Cabe lembrar que as leis de ponto final e de obediência devida foram ditadas após a entrada em vigor da CADH na República Argentina. Mesmo assim, no momento em que as leis foram sancionadas, não se tinha desenvolvido ainda a jurisprudência da Corte Interamericana, que se iniciou com o caso *Velásquez Rodríguez* (1998) e se consolidou a partir do caso *Barrios Altos*

32 Cf. A sentença da CSJN na causa *Aquino*, ditada em 14.10.1992, com uma maioria de cinco juízes contra dois que se pronunciaram pela inconstitucionalidade do indulto aos processados.

33 Este caso é conhecido como *Poblete*, ou como caso *Simón* (sobrenome de um dos acusados).

34 Cf. A sentença do 6.3.2001, ditada pelo juiz Cavallo em "Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/subtração de menores de 10 anos" caso n° 8686/2000 do Juizado Nacional no Criminal e Correccional Federal n° 4 da capital Federal, e a sentença da Sala II da Câmara Nacional no Criminal e Correccional Federal da Capital Federal, ditada o dia 9.11.2001, no "Incidente de Apelação de Simón, Julio".

35 Cf. A sentença ditada em 14.6.2005 no caso *Simon*.

(2001). É por isso que o conteúdo concreto da CADH nesta matéria só pode ser percebido à medida que a jurisprudência da Corte Interamericana for ocorrendo. Embora a primeira sentença mencionada fosse proferida antes de *Barrios Altos*, após esse pronunciamento da Corte Interamericana, a decisão de declarar inválidas as normas de impunidade se viu reforçada pelos contundentes termos empregados por esse tribunal internacional ao se referir à contradição entre CADH e as normas que pretendem impedir a investigação e a sanção penal de graves violações dos direitos humanos³⁶.

A jurisprudência argentina também tem destacado que as leis de ponto final e de obediência devida são transgressoras do PIDCeP e que frustram o objeto e finalidade da Convenção contra a Tortura, instrumento que havia sido assinado pela Argentina no momento de sanção das leis, mas que foi ratificado dias depois da publicação da lei de obediência devida³⁷. Da mesma forma, podem ser encontradas na jurisprudência alusões ao dever do Estado de perseguir penalmente os fatos em razão de se tratar de crimes contra a humanidade, dever que violaria em caso de se conceder valor às leis de ponto final e de obediência devida.

Finalmente, cabe destacar que, em agosto de 2003, o Congresso sancionou a lei 25.779, mediante a qual “declarou” a “nulidade insanável” das leis de ponto final e de obediência devida. A sanção dessa lei, posterior à existência de várias sentenças que já se tinham pronunciado pela inconstitucionalidade e nulidade dessas normas, introduziu um novo fundamento normativo, que foi empregado em certos pronunciamentos judiciais e que aparece analisado em vários votos dos juízes da CSJN na sentença *Simón*. Embora cinco juízes da CSJN



FONTE: ARQUIVO NACIONAL

36 Uma interpretação diferente sustentou o juiz Fayt, em *Simón*, ao considerar que a jurisprudência da CADH não tinha o alcance que a maioria da CSJN lhe outorgava. Para esse juiz, a lei de obediência devida tem diferenças de origem e de efeitos com as normas de impunidade que foram objeto de pronunciamento por parte da CADH.

37 Desse modo, afirma-se, teria violado o art. 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.



declarassem nesse caso a validade da lei 25.779, nem todos sustentam a mesma interpretação dessa norma, nem lhe conferem o mesmo valor. Somente no voto do juiz Zaffaroni, a lei 25.779 parece ter uma incidência relevante para a solução do caso.

Também foi declarada a invalidade dos indultos aos processados. Assim o tem decidido vários juízes de diferentes instâncias e, posteriormente, a Corte Suprema de Justiça da Nação, no caso *Mazzeo*³⁸.

Entre os argumentos expostos nesses precedentes pode ser encontrado o que já tinha sido utilizado na época em que os indultos foram sancionados, baseado na inexistência do poder presidencial de absolver as pessoas processadas, ao qual são somados todos aqueles empregados contra as leis de ponto final e de obediência devida relativos ao dever de investigar e sancionar graves violações dos direitos humanos, aspecto destacado especialmente na sentença adotada pela CSJN no caso *Mazzeo*.

Em agosto 2010, a Corte Suprema também decidiu anular os indultos ditados em favor de pessoas condenadas. Nessa sentença, a Corte afirmou que o Direito Internacional obriga não só a investigar as graves violações aos direitos humanos, mas também a “castigar efetivamente os delitos aberrantes, dever que não pode estar sujeito a exceções”³⁹.

4. CUMPRIMENTO DE ORDENS SUPERIORES

O cumprimento de ordens superiores não tem sido reconhecido pela jurisprudência argentina como atenuante de responsabilidade no caso de ordens notoriamente ilegais. É por isso que não tem tido relevância com relação às condutas realizadas no marco do terrorismo de Estado.

Nesse sentido, a referência que fez a lei 23.521 à “obediência devida” como causal para considerar “não puníveis” os fatos cometidos no marco da ditadura argentina (notoriamente ilegais) se afastou do alcance que lhe foi reconhecido para essa excludente na jurisprudência argentina. Pode se dizer que a “obediência devida” simplesmente foi um “argumento” do qual se valeu o Parlamento argentino para declarar a não punibilidade dos delitos.

38 Sentença de 13.7.2007. Nessa sentença, quatro juízes se pronunciaram pela inconstitucionalidade do indulto 1002/89 aplicado no seu momento às pessoas processadas. Mesmo assim, a maioria da Corte decidiu deixar de lado a coisa julgada com base nas normas do DPI e do DIDH que estabelecem o dever de investigar e sancionar penalmente as graves violações aos direitos humanos e os crimes contra a humanidade. Em dissidência, votaram os juízes Fayt e Argibay, os quais afirmaram a impossibilidade de modificar em prejuízo do acusado uma decisão passada em autoridade de coisa julgada.

39 Cf. A sentença da Corte no caso “Videla” (disponível em: <http://www.cij.gov.ar/nota-4848-La-Corte-ratifico-la-nulidad-de-los-indultos-de-Videla-y-Massera.html>).

Fora da discussão sobre essa particular lei, a atenuante de obediência devida não tem tido nenhuma relevância.

5. IMUNIDADES

Na República Argentina, existem imunidades vinculadas ao exercício de certos cargos e que deixam de operar com a finalização de desempenho no cargo. Não existe jurisprudência sobre essas imunidades especificamente relacionadas aos crimes de Direito Internacional.

6. JURISDIÇÃO MILITAR OU JURISDIÇÃO CIVIL

Uma das primeiras discussões que surgiram em torno da persecução penal dos crimes da ditadura (1976-1983) foi a de quais tribunais eram competentes. Embora já existissem algumas causas iniciadas perante os tribunais penais, o governo estimulou a intervenção dos tribunais militares⁴⁰. Por um lado, o presidente da Nação (Raúl Alfonsín) ditou decretos ordenando julgamentos perante o Conselho Supremo das Forças Armadas. Por outro lado, enviou ao Congresso um projeto de reforma do Código de Justiça Militar, que restringiria a competência dos tribunais militares só para fatos futuros. Do ponto de vista político, o governo sustentava a tese da “autodepuração” por parte dos próprios militares; a partir do ponto de vista jurídico, defendia a ideia de que a competência para julgar os crimes da ditadura correspondia aos tribunais castrenses e que, portanto, levar os casos perante a Justiça civil feria o princípio do “juiz natural” consagrado constitucionalmente (art.18). Contudo, o projeto de reforma do Código de Justiça Militar elaborado pelo Poder Executivo incorporava, com relação aos feitos da ditadura, um recurso contra a sentença do Conselho Supremo para sua revisão perante a Câmara Federal correspondente de acordo com o lugar do fato. Ao tratar esse projeto no Congresso, se acrescentou uma disposição que permitia às Câmaras de Apelações Federais assumir o conhecimento do processo em caso de advertir “uma demora injustificada ou negligência na tramitação do julgamento” (art. 10 da lei 23.049). Desse modo, era estabelecida a competência originária dos tribunais militares e a possível aceitação do processo por parte dos tribunais penais (Câmaras de Apelações Federais)⁴¹.

40 Trata-se de tribunais que não integram o Poder Judicial da Nação, mas o Poder Executivo.

41 Precisamente, a introdução na lei de reforma ao CJM desse direito de avocação por parte das Câmaras Federais foi que possibilitou o julgamento dos comandantes, entre outros processos, por parte da Câmara Federal da Capital Federal.

Esse mecanismo gerou críticas em diversos pontos de vista. Por um lado, criticava-se a intervenção dos tribunais militares para julgar delitos comuns ou fatos com relação aos quais a competência dos tribunais militares era muito discutível. Por outro, se criticava que, como sustentava o governo, se a intervenção dos tribunais penais da Justiça cível violava a garantia do julgamento natural, então também era transgressora da referida garantia da reforma introduzida ao CJM que autorizava as Câmaras Federais a assumirem o processo.

Tanto a intervenção dos tribunais militares como a posterior aceitação do processo por parte da Justiça cível foi revalidada pela CSJN.

Posteriormente, a partir da entrada em vigor da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas⁴², a jurisprudência começou a sustentar que era a Justiça penal federal que devia intervir. O principal argumento se apoia nas normas contidas no art. IX da Convenção, que proíbe a intervenção de tribunais militares em casos de desaparecimento forçado de pessoas.

A atribuição de competência aos tribunais penais federais foi ratificada pela CSJN nas sentenças *Nicolaidis* e *Videla*⁴³. Nesses precedentes, tanto o Procurador Geral da Nação como parte dos juízes da CSJN se basearam na aplicação do art. IX da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas⁴⁴ e reiteraram a doutrina do mais alto tribunal argentino com relação às normas sobre competência que são aplicáveis imediatamente e que não há um direito adquirido a ser julgado por um determinado regime processual. Conforme essa doutrina, a garantia do julgamento natural (art. 18, CN) não proíbe a produção de normas que modifiquem a competência dos tribunais, sempre que se trate de tribunais permanentes. Essa postura foi confirmada pela maioria da CSJN na sentença *Mazzeo*, proferida em 13 de julho de 2007⁴⁵.

Atualmente, todos os processos penais por violações dos direitos humanos cometidos pela ditadura são acompanhados perante os tribunais penais federais⁴⁶.

42 A Convenção foi aprovada por lei 24.556, em 18.10.1995, e lhe outorgou hierarquia constitucional mediante a lei 24.820.

43 Sentenças dítadas em 2.8.2000 e 21.8.2003, respectivamente.

44 Cf. os votos dos juízes Petracchi e Boggiano na sentença *Nicolaidis* e dos juízes Petracchi, Boggiano e Maqueda em sentença *Videla*.

45 Cf. os votos dos juízes Argibay, Highton de Nolasco, Lorenzetti, Maqueda e Zaffaroni.

46 Cabe acrescentar que, em sentença de 6 de março de 2007, três juízes da CSJN se pronunciaram pela inconstitucionalidade do Código de Justiça Militar, de maneira que outorga competência aos tribunais militares, dependentes do Poder Executivo da Nação, para julgar delitos (cf. "Recurso de fato deduzido pela defesa de Ramón Ángel López na causa López, Ramón Ángel s/ recurso do art. 445 bis do Código de Justiça Militar – causa N° 2845").

7. COMISSÕES PARA PESQUISAR A VERDADE E DIREITO À VERDADE

7.1. COMISSÕES CRIADAS PARA INVESTIGAR A VERDADE

É importante destacar que a tarefa da Conadep não foi pensada como um mecanismo substitutivo da atuação judicial, mas complementar, e, na prática, seu trabalho foi de suma utilidade nos processos judiciais

Uma das primeiras medidas do governo pós-ditadura foi a criação de uma comissão no âmbito do Poder Executivo para obter informação sobre o destino que tiveram aquelas pessoas que tinham sido vítimas do sistema de repressão ilegal⁴⁷. Essa comissão, denominada Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas (Conadep), esteve integrada por pessoas que gozavam de uma alta consideração ética e provinham de diversos âmbitos profissionais e ideológicos. O decreto de criação dessa Comissão estabeleceu como objeto da comissão

“esclarecer os fatos relacionados com o desaparecimento de pessoas ocorridas no país” (art. 1). Por sua vez, estabeleceu que a Comissão teria como funções receber denúncias e provas, investigar o destino das pessoas desaparecidas e o paradeiro de crianças subtraídas, denunciar à Justiça qualquer intenção de ocultação ou destruição de provas e emitir, no prazo de 180 dias, a partir de sua constituição, um relatório final com a explicação detalhada dos fatos (art. 2)⁴⁸. Foi proibido que a Comissão “emitisse julgamentos sobre fatos e circunstâncias que constituíssem matéria exclusiva do Poder Judicial” (art. 2).

É importante destacar que a tarefa da Conadep não foi pensada como um mecanismo substitutivo da atuação judicial, mas complementar, e, na prática, seu trabalho foi de suma utilidade nos processos judiciais.

A Conadep emitiu um informe em que descreveu as características do sistema repressivo, sua metodologia, a localização dos diferentes centros clandestinos onde as vítimas eram alojadas e

⁴⁷ Foi criada pelo Presidente Alfonsín mediante o decreto 187/83, de 15.12.1983.

⁴⁸ Esse prazo, exíguo por certo, se fixou para “evitar que a dolorosa necessidade de investigar esses fatos subtraia, além de certo lapso prudencial, os esforços que devem dirigir-se à tarefa de afiançar no futuro uma convivência democrática e respeitosa da dignidade humana” (Cf. os fundamentos do decreto 187/83).

torturadas e publicou uma lista com os dados obtidos em relação às identidades das vítimas das quais pôde obter informação⁴⁹.

Além da Conadep, foram criados numerosos organismos em distintos lugares do território nacional, com a finalidade de reunir informação sobre a violação de direitos humanos durante a ditadura militar. Em nenhum desses casos, esses organismos foram criados como mecanismos substitutivos da atividade jurisdicional.

7.2. PROCESSOS JUDICIAIS PARA INVESTIGAR A VERDADE

O ditado das sucessivas normas de impunidade (lei de ponto final, lei de obediência devida e indultos) teve o efeito de paralisar as investigações judiciais que eram realizadas perante os tribunais penais. Embora uma interpretação estrita dessas normas não devesse conduzir ao encerramento das investigações, no Poder Judicial predominou uma interpretação que estava em sintonia com o objetivo dos poderes políticos que tinham promovido e ditado essas normas: deviam encerrar os processos penais⁵⁰.

A paralisação das investigações penais⁵¹ e a notória diminuição do trabalho de coleta de informação por parte de comissões não judiciais determinaram que o Estado não julgasse nem averiguasse a maior parte dos fatos que afetavam milhares de pessoas desaparecidas e seus familiares⁵². Nesse âmbito, surgiram as primeiras reclamações para que os tribunais, em cujo âmbito tivessem ficado radicadas as causas penais, dispusessem medidas de investigação tendentes a indagar as circunstâncias do desaparecimento de pessoas e seu destino. Do ponto de vista jurídico, o planejamento se via respaldado pela jurisprudência da Corte Interamericana, que havia mencionado o dever do Estado de indagar o sucedido com as pessoas desaparecidas.

49 O relatório foi publicado sob o título de *Nunca Más*. Após sua dissolução, o arquivo da Conadep ficou em custódia da Subsecretaria de Direitos Humanos, criada por decreto 3090/84 do presidente Alfonsín. Em 2006, foi publicada uma nova edição do relatório *Nunca Más*, que inclui a informação recopilada até esse ano e atualiza a lista de vítimas e centros de detenção (Cf. *Nunca Más. Informe da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas*, Buenos Aires: Eudeba, 7ª ed., abril de 2006).

50 Em um trabalho anterior, já foi estabelecida a investigação de “até que ponto a busca da verdade, encarada após os chamados *juízos da verdade*, não foi possível em virtude da sanção das leis de impunidade. Ao menos, segundo o conteúdo estrito das leis, as investigações eram possíveis e necessárias até conseguir provas contra uma pessoa que, por reunir certas condições, estivesse amparada pelas normas da impunidade. Mas, inclusive nessas hipóteses, a investigação devia continuar para esclarecer o caso até onde for possível, procurando determinar a totalidade de participantes no fato e verificando em cada caso se cabia ou não isentar de responsabilidade penal essas pessoas em virtude da aplicação das leis mencionadas” Cf. Pablo Parenti: relatório “Argentina (I)” correspondente aos Capítulos “Política y Derecho en América Latina”, em Jörg Arnold / Jan Simon / Jan Woischnik (editores): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina*, México: Universidade Nacional Autônoma do México, 2006. pp. 3 e ss.; disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2116>>.

51 Contudo, certas atividades jurisdicionais continuaram. Assim, no caso da Câmara Federal da Capital Federal, se tomaram algumas medidas tendentes à identificação de pessoas. Estas atividades e as que se realizaram a partir de 1995, nos chamados processos de busca da verdade, foram descritas pelo próprio tribunal na resolução de 9.11.2001 no caso *Simón*, no qual, não obstante, reconheceu “a redução na atividade jurisdicional” vinculada com os fatos da ditadura.

52 Como já foi dito no item 4 do presente informe, as normas de impunidade não abrangeram a totalidade dos fatos. Dessa forma, puderam avançar algumas investigações, entre elas, os casos por subtração de menores pelo chamado “Plano Condor”.

O primeiro tribunal a realizar um projeto de averiguação da verdade foi a Câmara Federal da Capital Federal, isto é, o tribunal que tinha julgado os comandantes e outros membros das Forças Armadas e de segurança, e que conservava as causas mais importantes correspondentes à zona da repressão na qual se concentrou o maior número de vítimas da repressão. Os fundamentos da decisão de dar lugar às medidas de averiguação desempenham diversos aspectos. Por um lado, são mencionados os direitos à verdade, ao luto e ao respeito pelo corpo (quer dizer, direitos não vinculados estritamente ao processo penal) e, por outro, se destaca a circunstância de que era possível achar casos não amparados pelas normas de impunidade. Essa última consideração enfatizava que o objeto processual, do ponto de vista penal, não estava esgotado.

Apesar dessa decisão inicial, a Câmara federal pouco tempo depois rejeitou medidas de investigação propostas por Carmem Aguiar de Lapacó, mãe de uma mulher desaparecida. Isso motivou a intervenção da CSJN, que, por maioria, entendeu que as medidas de investigação tendentes a comprovar um fato delitivo não eram procedentes ao se ter esgotado o objeto processual. A maioria da CSJN considerou que a “realização das medidas requeridas implicaria a reabertura do processo e o conseqüente exercício de atividade jurisdicional contra os que têm sido liberados definitivamente pelos comportamentos que deram lugar à formação da presente causa, pelo qual não se adverte o objeto da solicitada diligência, dado que careceria de toda virtualidade a acumulação de prova de cargo sem um indivíduo passivo contra o qual pudesse fazer-se valer⁵³”.

Essa decisão da CSJN motivou uma denúncia na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que culminou com um acordo de solução amistosa entre o Estado argentino e a requerente. No referido acordo, assinado em 15 de novembro de 1999, o governo argentino aceitou e se comprometeu a garantir o direito à verdade, a implementar uma normativa para que as Câmaras Federais de todo o país tivessem a competência exclusiva e implementar perante o Ministério Público a designação de fiscais especiais que atuariam nos processos de indagação da verdade⁵⁴.

Entretanto, foram se abrindo processos para averiguar a verdade em outras jurisdições do país. Finalmente, esse tipo de procedimentos foi validado tanto pela Câmara Nacional de Cassação Penal⁵⁵ como por parte da CSJN⁵⁶ e muitos deles continuam em andamento inclusive após a reabertura dos processos penais propriamente ditos.

53 Cf. sentença da CSJN de 13.8.1998 no caso *Suárez Mason*.

54 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Informe N° 21/00, caso 12.059, 29.2.2000, no qual se reproduz o texto de acordo. A normativa a que alude o acordo não foi ditada.

55 Cf. as decisões adotadas pela Sala IV nos casos “Corres, Julián Oscar s/recurso de queixa” (13.09.2000) e “Rivarola, Ricardo Horacio s/recurso” (21.10.2002).

56 Poucos meses depois da sentença *Suárez Mason*, já citada, a CSJN, no caso *Urteaga* (15.10.1998), apoiou uma petição de informação efetuada sob a forma de *habeas data* perante um tribunal não penal (foro contencioso administrativo federal). Posteriormente, a CSJN se manifestou somente de modo tangencial sobre os procedimentos de indagação da verdade (assim, p. ex., no caso *Rivarola*, de 27.5.2004).

Lista de siglas e abreviaturas

BO – Boletim Oficial

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CJM – Código de Justiça Militar

CN – Constituição Nacional (República Argentina)

CNCP – Câmara Nacional de Cassação Penal

CONADEP – Comissão Nacional sobre Desaparecimento de Pessoas

CP – Código Penal

CPI – Corte Penal Internacional

CSJN – Corte Suprema de Justiça da Nação

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

DPI – Direito Penal Internacional

ECPI – Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional

PIDCeP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos



FONTE: ARQUIVO NACIONAL

A ANISTIA: O TERROR E A GRAÇA

APORIAS DA JUSTIÇA TRANSICIONAL NO CHILE PÓS-DITATORIAL

Juan Pablo Mañalich R.

Doutor em Direito pela Universidade de Bonn (Alemanha), licenciado em ciências jurídicas e sociais pela Universidade do Chile e professor do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade do Chile

I. INTRODUÇÃO: O DESTINO DA TRANSIÇÃO

A justiça dos tribunais pode julgar Pinochet enquanto este, por voz militar comprovada, 'pode' ter ordenado a Caravana da Morte que foi, indo de norte a sul, arrancando os olhos dos militantes da esquerda. Mas não se pode julgar Pinochet, enquanto este e seus subordinados impuseram ao país, graças aos milhares de crimes pontuais cometidos, um sistema político e econômico [...]. A justiça dos tribunais – que opera de acordo com as mesmas leis que estruturam o Estado vigente – pode-se julgar pelos 'feitos' configurados por essas leis como crimes, mas não os 'processos' que configuraram como história do Estado vigente. Não se pode, nesse sentido, operar como instrumento direto da vontade soberana do povo¹.

¹ Salazar, Gabriel: *Transición ciudadana: De la justicia estatal al tribunal de la historia (Chile, Siglo XXI)*, do mesmo, *Del poder constituyente de asalariados e intelectuales (Chile, Siglos XX y XXI)*, LOM, Santiago, 2009, pp. 278 s.

O ponto de vista que aqui se assume, pelo mesmo, é o do reconhecimento de uma oportunidade perdida. Trata-se da oportunidade representada pela possibilidade de uma demonstração política da falta de continuidade entre o tempo passado, em que os feitos do terror são registrados, e nosso tempo presente

O que se oferece a seguir – na senda marcada pelas palavras do historiador Gabriel Salazar – é uma exploração do que, no início da transição chilena, foi conhecido como a estratégia de solução jurídica do ‘problema dos direitos humanos’. O efeito primordial da imposição dessa estratégia consistiu em um favorecimento de uma compreensão da violência exercida pelas estruturas repressivas do Estado entre os anos 1973 e 1990, que constitui aquilo que aqui receberá a etiqueta de ‘o terror’, como um fenômeno estritamente delitivo, cujo ‘processamento’ por parte do discurso público cairia em totalidade sob o âmbito de competência do Direito Penal, e essa interpretação reducionista é incapaz de dar conta da dimensão desses feitos que sobrepassa a capacidade epistêmica da operação ordinária do Direito.

Uma semelhante interpretação já é, a esta altura, politicamente irreversível. Sendo esse o caso, então cabe sustentar, em modo de diagnóstico global, que o triunfo dessa estratégia reducionista foi traduzido em uma normalização da violência “fundacional” sobre a qual descansa o regime político associado à vigência da Constituição de 1980. Que alguns constitucionalistas haviam falado a esse respeito da “Constituição de 2005” só confirma este diagnóstico. Pois o que isso supõe é que a ordem política assim imposta chegou a ser legitimada até o ponto em que a marca de origem pretende ser desviada só pela substituição de uma assinatura.

O ponto de vista que aqui se assume, pelo mesmo, é o do reconhecimento de uma oportunidade perdida. Trata-se da oportunidade representada pela possibilidade de uma demonstração política da falta de continuidade entre o tempo passado, em que os feitos do terror são registrados, e nosso tempo presente. Pois somente a semelhante demonstração poderia ter evitado a consolidação irreflexiva do tempo do terror como um tempo em que se voltou constitutivo da nossa identidade política. E essa oportunidade deve ser tida como irremediavelmente perdida, porque hoje, dadas as nossas circunstâncias políticas, qualquer alegado a favor de uma relativização das submissões irrestritas dos feitos do terror ao regime do Direito Penal poderia ser entendido somente como um alegado a favor da impunidade. Mas que ele ao se

dar conta, em parte ao menos, de que nossa única possibilidade de resposta perante os feitos do terror foi reduzida à reação do Direito Penal. E isso significa, então, que os feitos do terror já nos pertencem, no sentido de que são *nossos* feitos².

II. A PUNIÇÃO DO TERROR

A. A PENA COMO REALIZAÇÃO DO DIREITO

“Com relação a isso, o Direito se assemelha ao do rei Midas. Assim como tudo aquilo que era tocado transformava-se em ouro, tudo aquilo ao qual o Direito se refere leva caráter jurídico”³.

Com essas palavras, Kelsen dava-se conta de que a única maneira em que o Direito pode se privar da validade jurídica é pelo paradoxo, é validando aquilo de cuja invalidação trata. Na área de Direito, agregava Kelsen, “nulidade” só pode significar “anulabilidade”⁴. Mas a observação de Kelsen é generalizável. Então, ela faz possível colocar em uma determinada perspectiva aquilo que na transição chilena foi chamado de a estratégia de “solução jurídica do problema dos direitos humanos”, que à primeira vista poderia ser entendida como uma tentativa de superação do passado por intermédio do Direito.

Mas a pergunta pela possibilidade de uma superação do passado pelo Direito encerra uma armadilha. A armadilha consiste de que a necessidade da superação do passado depende que o passado não seja, de fato, um mero passado, senão ainda presente. Tudo o que acontece, acontece no presente: o passado e o futuro somente são relevantes, simultaneamente, como horizontes temporais de operações necessariamente atuais⁵. Se o passado fosse somente passado, não haveria a necessidade de superação, pois, nesse sentido, o passado é sempre o que já foi superado por definição: o que *já passou*. Na superação do passado, somente pode se tratar da superação de um presente (ainda) perturbado pelo passado⁶.

É exatamente uma perturbação que explica a resposta ao crime pela pena. O crime expressa uma falta de reconhecimento da norma abalada como razão eficaz para a ação, e a pena declara que

2 A complexidade das premissas sobre as quais se sustenta esse diagnóstico torna-se impossível para se dar conta, neste espaço, dos pressupostos e das implicações do argumento global. Para o desenvolvimento pormenorizado das mesmas consulte Mañalich, Juan Pablo: *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Flandes indiano, Santiago, 2010, *passim*.

3 Kelsen, Hans *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 2002, p. 284.

4 *Ibid*, pp, 283 s.

5 Luhmann, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1993, pp. 45 s., 110.

6 Jakobs, Günther: “¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales XLVII* (1994), pp. 137 s.

essa falta de reconhecimento – de não ser cancelada, como registra Hegel⁷ – não conta como um interrogatório da vigência da norma. Pela prestação da pena, cujo bom nome é “retribuição”, o Direito Penal faz com que se torne possível o restabelecimento coercitivo da vigência daquelas normas que são comuns aos membros de uma comunidade *enquanto* membros dessa comunidade.⁸

B. CRIMINALIDADE DE ESTADO

A reconstrução da função do Direito Penal assim (apenas) esboçada se ajusta ao que cabe chamar de “criminalidade *no* Estado”, isto é, o âmbito em que uma pessoa pode ser chamada a responder juridicamente pela infração imputável de uma norma vinculada para os cidadãos de um Estado “em forma”. Trata-se certamente de uma reconstrução idealizada, que necessariamente mostrará um déficit de ajuste ou “equilíbrio reflexivo” frente à facticidade da prática de cuja reconstrução se trata. Mas esse déficit de ajuste resulta irrenunciável se a reconstrução for entendida como portadora de uma disposição crítica.

A mesma reconstrução idealizada, no entanto, não deixou nenhum ajuste para a fenomenologia do terror estatal. Pois aproximar-se do terror desde a perspectiva da criminalidade no Estado equivale a reduzir o terror a um conjunto de feitos delitivos discretos do que a soma que pode representar uma infração massiva de normas jurídicas. Fazer justiça ao fenômeno do terror exige a tematização do mesmo, desde já, não como criminalidade no Estado, senão como criminalidade *de* Estado.⁹ Pois a criminalidade de Estado é precisamente aquela em que o Estado não constitui o “objeto do ataque”, senão a plataforma de produção da violência criminal. O terror não é, então, criminalidade política, senão – literalmente – “política criminal”, isto é, política operada criminalmente até o ponto de ter que predicar o adjetivo “criminal” da própria ação do Estado.¹⁰ Trata-se, na formulação muito adequada de Herbert Jäger, da criminalidade que é própria do estado de exceção¹¹.

A descrição de um fenômeno tal como o fenômeno puramente delitivo encerra, inexoravelmente, uma trivialização¹². Mas é crucial advertir que a trivialidade de uma descrição não faz falta. Pelo

7 Hegel, G.F.W.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1986, § 99.

8 Com detalhes sobre, Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 53 ss., 89 ss.

9 Véase Jakobs, Günther: “Crímenes de Estado – Ilegalidad en el Estado”, *DOXA* 17-18 (1995), pp. 137 ss.; al respecto Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 23 ss., 29 s.

10 Jäger, Herbert: “Ist Politik kriminalisierbar?”, en Lüderssen (coord.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrokriminalität*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 121 ss.

11 *Ibid.*, p. 123.

12 Com relação ao Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 30 ss.



FONTE: ARQUIVO NACIONAL



contrário: uma descrição é trivial, precisamente, quando a mesma é tão evidentemente verdadeira que deixa de ser interessante. O relevante aqui é que o Direito Penal é necessariamente cego à dimensão dos feitos do terror que é irreduzível à sua descrição como feitos delitivos. O terror não é algo *distinto* disso, mas certamente é *algo mais*. Pois o terror encerra já no momento em que, como diria Hegel, a determinação quantitativa se torna qualitativa¹³.

Assim torna-se evidente uma dificuldade que é imanente à própria noção de crimes de Estado.

A transformação de (ao menos) uma parte da estrutura estatal em uma estrutura criminal já supõe uma supressão das condições da juridicidade da práxis desse Estado, sem que essa perda de juridicidade possa ser suficientemente tematizada, no entanto, sob o direito desse Estado: “o direito do Estado não é epistemicamente capaz de advertir a supressão do Estado de Direito.”

13 Véase Hegel, G.F.W.: *Wissenschaft der Logik I*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1986, pp. 383 s.: “en su verdad”, la cantidad es “la cualidad misma.”

C. A PUNIÇÃO COMO ASSUNTO AO PASSADO

A punição traz consigo a confirmação de uma relação de copropriedade a uma comunidade cujos membros dão normas a si mesmos, tornando-se reciprocamente obrigados. Certamente, isso não é algo que possa *ser tematizado* dentro do diálogo de atribuição de responsabilidade que tem lugar em uma forma institucional do processo penal, precisamente porque não se trata de uma condição, mas de uma *pré-condição* da responsabilidade¹⁴, que permanece, pelo mesmo, invisível no contexto desse diálogo. O importante aqui, no entanto, é advertir que esta pré-condição encerra uma pressuposição posterior, ou seja: a de uma correspondência normativa entre o tempo (passado) do feito julgado e o tempo (presente) do julgamento.

Essa pressuposição se expressa da maneira como o Direito Penal define seu âmbito temporal de validade, que não deixa ser articulado como única referência ao princípio da retroatividade da lei penal. Pois desde o único ponto de vista do princípio da retroatividade, nada se opõe a que o feito julgado possa resultar punível com ajuste às normas vigentes no momento da comissão, mas no momento do julgamento a vigência já foi perdida. O único que explica a exigência de congruência normativa entre o tempo do feito e o tempo do julgamento, que se traduz no assim chamado princípio de favorabilidade¹⁵, é a necessidade “de o conteúdo expressivo do feito punível corresponder ao conteúdo expressivo do ato da punição, ao modo de um dizer e outro contradizer”¹⁶. E o que esse requisito significa é que o feito julgado tem que seguir representando um conflito no presente¹⁷, o qual, segundo o que já se sugeria, define o sentido preciso o qual cabe entender que toda punição é superação de um feito passado enquanto perturbação do presente. Assim, toda a aplicação do Direito se encerra a uma determinada compreensão do passado, do tempo dos feitos julgados, precisamente no sentido da *normalidade* do passado, isto é, da correspondência normativa entre passado e presente¹⁸.

Recentemente, pelo mesmo, é possível explicar o que realmente promete a “solução jurídica – ou mais precisamente: jurídico-penal – do problema dos direitos humanos”. Pois o conceito jurídico-penal da culpabilidade desempenha uma função de “registro na ordenação da memória coletiva”, no sentido de possibilitar uma adscrição binária do feito julgado, ou também à respectiva pessoa individual como infração imputável de uma norma, ou também à situação que o feito tomou lugar¹⁹.

14 Para essa noção, consulte Duff, R.A.: “Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability”, *Oxford Journal of Legal Studies* 18 (1998), pp. 189 ss.

15 Geralmente com relação ao Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 195 ss.

16 Jakobs, Günther: *Derecho Penal Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 4/49.

17 *Ibid.*, 4/50.

18 Consulte Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 38 ss.

19 Günther, Klaus: “Der strafrechtliche Schuldbegriff als Gegenstand einer Politik der Erinnerung in der Demokratie”, en Smith y Margalit (coord.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1997, pp. 48 ss., 81 ss.

E isso sugere o risco de um desconhecimento da medida em que a atribuição da culpabilidade se constitui inexoravelmente em uma ligação ao passado, que condiciona negativamente cada possibilidade de um novo começo²⁰.

III. A ANISTIA: IDIOSSINCRASIA, SIGNIFICADO E ESTRUTURA

A. A ESQUIVA DA ELUSÃO

O Decreto DL 2191, de 1978, mais conhecido como “decreto-lei de anistia”, constitui um antecedente fundamental no questionamento pelo status jurídico-penal dos feitos que representam instâncias do terror praticado pela ditadura militar chilena.

E não porque, como é óbvio, o decreto-lei de anistia simplesmente evidencia a vontade de exonerar os agentes do terror. O crucial, ao contrário, é que o DL 2191 evidencia que o regime jamais chegou a esboçar uma pretensão de legitimidade jurídica com relação ao programa de violência. Pois enquanto causa da *extinção* da responsabilidade penal, toda anistia pressupõe que as pessoas anistiadas têm responsabilidade penal comprometida nos feitos nos quais ela se encontra referida.

Isso explica que boa parte do debate jurídico em torno do “problema dos direitos humanos” tenha tendência a centrar-se na aplicabilidade do decreto-lei de anistia. Tanto a “doutrina Aylwin” como a construção jurisprudencial do mal chamado “sequestro permanente” levam a entender, precisamente, como soluções *ad hoc* que tentam esquivar falsamente o obstáculo à perseguição penal e assim à punição efetiva que representa essa anistia.

Como a “doutrina Aylwin” é conhecida por uma determinada proposta de interpretação das disposições legais, que definem as condições de oportunidade processual para a aplicação de uma anistia como causa de extinção da responsabilidade penal. Essa proposta consiste em entender o esgotamento da investigação do feito como condição necessária ao descumprimento definitivo que em todo caso a anistia há de trazer consigo. Aqui, a falácia opera pela deturpação do sentido das regras processuais pertinentes, com arranjos os quais, sendo evidente *ab initio* que o processo penal em questão em todo caso terá que concluir um descumprimento definitivo em função de uma anistia, o mesmo não deve ser levado a efeito²¹.

20 *Ibid*, p. 84.

21 Geralmente com relação ao Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 157 ss.

A doutrina do assim chamado “sequestro permanente”, por sua parte, representa uma intenção de entender perpetrados os feitos constitutivos de sequestros nos casos muito emblemáticos de “detalhes desaparecidos” por um espaço de tempo que se estenda além do limite máximo da aplicabilidade temporal de DL 2191 – ou seja, em 10 de março de 1978 –, de modo que por todo o lapso restante os autores não puderam ver extinguida sua responsabilidade em função da anistia. Essa construção também encerra uma falácia, consistente em recorrer à característica do delito permanente que exhibe *todo* o sequestro – daí que a expressão “sequestro permanente” constituía uma redundância, em circunstâncias que por trás de toda redundância se esconde uma contradição – para investir a “carga material da prova” relativa à dimensão do crime em questão²².

A inadequação técnica dessas duas estratégias dirigidas para esquivar o preventivo efetivo da persecução efetiva penal dos crimes perpetrados pela estrutura repressiva do Estado entre setembro de 1973 e março de 1978 – o período de maior brutalidade do terror – deixa-se explicar, até certo ponto, ao menos, pelo feito de tratar-se de estratégias de elusão. O que cabe apresentar, ao contrário, é se há espaço para uma solução frontal, ou seja, uma solução que considera impugnar as bases de mesma validade do DL 2191²³.

B. A INVALIDEZ IMANENTE DA AUTOANISTIA

A esse respeito, a via mais recentemente explorada pela jurisprudência chilena consistiu em um recurso a uma determinada linha de desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que privaria de validade jurídica anistias que concernam feitos constitutivos de “graves violações de direitos humanos” – como se tal coisa fosse uma violação não grave, mas leve, de direitos humanos²⁴. A falta de reflexibilidade da justificação de semelhante proscrição categórica de *toda* forma de anistia a esse respeito – tal como ela foi postulada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua sentença condenatória pronunciada contra o Estado de Chile no assim chamado “caso Almonacid”, ou também, com algumas combinações, pela Corte Suprema em sua recente e emblemática sentença pronunciada no “caso Prats” – torna-se preferível à exploração de uma via alternativa.

Essa via alternativa é referente ao caráter de autoanistia que exhibe o DL 2191²⁵. Que este constitua uma autoanistia significa que se trata de uma determinação unilateral, adotada desde

22 Com respeito ao problema, *ibid*, pp. 162 ss.

23 Apresentada essa possibilidade, e no entendimento de que o resultado pode ser, de fato, um desconhecimento da validade do DL 2191, o que de imediato aparece como problema é a satisfação eventual de outra causa de extinção da responsabilidade, ou seja: a prescrição da ação penal. Sobre ele e em detalhes, *ibid*, pp. 205 ss.

24 Criticamente a respeito a, *ibid*, pp. 171 ss.

25 Para este argumento, em detalhes, *ibid*, pp. 183 ss.

a cúpula da estrutura estatal, que pretende cancelar as consequências da punibilidade dos feitos cujas planificação e execução foram coordenadas desde a mesma cúpula. O sentido inequívoco de uma tal determinação, então, passa a ser de uma autoexoneração.

As razões que falam contra a validade de uma autoanistia afetam as condições imanentes sobre as quais descansa a pretensão de validade que toda anistia reclama para si. O ponto de partida para poder se encontrar em uma observação escassamente considerada de Kant, segundo a qual quem “ocupa o lugar mais alto no Estado não pode ser penado, senão que somente um pode libertar-se de seu domínio”²⁶. Essa proposição admite reformular-se em termos de que não pode haver adjudicação de responsabilidade penal com relação ao mesmo titular do *ius puniendi*. Isto é, posto que a responsabilidade penal seja uma responsabilidade que se impõe heteronomamente, cabe reconhecer uma exigência imanente de alteridade subjetiva entre aquele que impõe e aquele a quem se impõe a responsabilidade em questão, como condição de toda relação punitiva.

Quem (se) outorga uma autoanistia assume a posição do titular do Direito punitivo cujo exercício se renuncia em circunstâncias em que sobre esse mesmo sujeito recai o dever correlativo de suportar a respectiva prestação punitiva. O qual, na terminologia do Direito privado, teria que acarretar uma extinção dessa obrigação por “confusão” dos sujeitos ativo e passivo. Mas o outorgamento de uma anistia pressupõe, precisamente, que a obrigação de suportar a punição não foi extinta, já que do contrário a anistia precisaria de objeto. Quem se anistia a si próprio incorre, por assim, em uma contradição performativa²⁷. Logo, a única maneira de interpretar caridosamente o outorgamento da anistia em questão é atribuir um tal alcance que resulte na exclusão do autofavorecimento.

C. ANISTIA COMO AMNÉSIA?

Uma consequência decisiva do argumento precedente, que afirma a invalidez imanente de uma anistia em todo aquele âmbito em que a mesma opere como mecanismo de autoexoneração, é que essa invalidez não seria aconselhável para uma anistia que não estivesse exposta a esse mesmo preparo. Ou seja, o argumento deixa a porta aberta para a possibilidade de uma lei autêntica de anistia cuja aprovação pudesse ter lugar no marco do processo democrático. Mas a exploração dessa possibilidade traz consigo a carga de enfrentar uma série de objeções dirigidas à instituição da anistia como tal, a primeira das quais concerne o feito de que uma anistia não seria mais do que a imposição de um esquecimento coletivo.

26 Kant, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1977, B 225, p. 452.

27 Para a fundamentação detalhada desta tese, consulte Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp 186 ss.

A dificuldade de reconstruir a instituição da anistia, libertando-a de sua associação tradicional com a ideia de um esquecimento dos feitos anistiados, não é descartada. Pois já etimologicamente, a palavra “anistia” evoca a noção de *amnésia*. Uma apelação particularmente radical a essa evocação se encontra em um breve artigo de Carl Schmitt, publicado anonimamente em novembro de 1949:

A palavra anistia significa esquecimento e não somente esquecimento, mas também a estrita proibição de perscrutar no passado e buscar uma causa para atos posteriores de vingança e pretensões posteriores de compensação²⁸.

A maneira em que, imediatamente a seguir, Schmitt pretendia definir o conceito de anistia é igualmente sugestiva:

A anistia é mais que uma isenção outorgada pela estrutura estatal da perseguição [penal]. Ela é um ato recíproco de esquecimento. Ela não é uma graça ou uma lembrança. Quem recebe uma anistia também tem que proporcioná-la, e quem a proporciona tem que saber que também a recebe²⁹.

Essa referência ao caráter supostamente bilateral da anistia é determinante, pois isso deixa de entrever que aquilo ao qual Schmitt está realmente apontando não é a noção de anistia, senão a noção muito distinta de reconciliação. Mas essa identificação é equivocada. Pois entendido de como o ato da graça pelo qual se renuncia ao exercício de um direito punitivo, o outorgamento de uma anistia por definição precisará daquilo que teria que ser distintivo de um processo genuíno de reconciliação, ou seja: um momento de reciprocidade.

Aqui não pode obviar-se de quão carregada retoricamente resulta a apelação de Schmitt ao caráter de (autêntica) guerra civil do conflito que deu lugar a que emergisse o conceito – e com este a instituição – da anistia na Grécia antiga³⁰. Como o caso chileno o mostra como uma extraordinária aptidão, essa é uma imagem que tende a se tornar irresistível para os partidários do regime que realizam o terror, frente ao qual necessariamente falha; no entanto, a simetria das forças implica a noção de guerra civil. O que a semelhante ideologia da reconciliação exigiria é que cada um dos “dois bandos” desse um passo à frente para combinar, como propusera Schmitt, um esquecimento combinado. É essa associação tendenciosa com a noção de “ponto final” que explica que no Chile a retórica – em estrita contraposição a uma pragmática – da reconciliação seja o monopólio natural do pinochetismo.

28 Schmitt, Carl: *Staat, Großraum, Nomos*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, p. 218.

29 *Ibid*, p. 219.

30 Com relação ao Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 51 s.

D. A ANISTIA COMO GRAÇA COM FORMA DE LEI

Que o outorgamento de uma anistia não pode ser entendido como um ato ao momento de reciprocidade que seja intrínseco, senão, pelo contrário, como um ato necessariamente unilateral, deixa-se argumentar com a análise das variantes do exercício do Direito de graça oferecido por Binding, cuja premissa aqui é que “a regra é a inimiga da individualidade”³¹. Por essa razão, acrescenta Binding, o exercício de uma prerrogativa de graça tampouco pode reconduzir a uma noção de julgamento, dado que o outorgamento de uma liberação por graça não é suscetível de entender-se em termos da aplicação imparcialmente justa de uma regra geral³². Essa última observação é fundamental enquanto sugere que o domínio da graça não é o

Um ato de graça em sentido estrito, também quando pode aparecer na forma de uma anistia (“imprópria”), representa exatamente o contrário a um julgamento de absolvição, dado que pressupõe, efetivamente, um julgamento condenatório

da validez geral que caracteriza a lei como forma pragmática de norma jurídica, senão o da particularidade³³, que é o que explica por que Binding observa que “nada seria mais equivocado do que querer determinar *a priori* os motivos para seu exercício”³⁴.

Ao contrário da compreensão da anistia como ato de graça, não obstante, normalmente esgrimir o feito de que a anistia, a diferença do indulto, sempre se configura ao modo de uma lei. Mas isso desconhece que o sentido em que uma anistia é lei não é o mesmo sentido em

que são, por exemplo, as normas que definem as condições gerais – positivas e negativas – da responsabilidade penal. Uma anistia conserva a *forma* única, mas não a *sustância* da lei³⁵. O qual teria que resultar suficientemente óbvio se na definição repara-se que a anistia seria “uma forma de legislação penal que se caracteriza por excluir a pena com efeito retroativo”³⁶. Porque toda lei de anistia tem que operar, *ex definitione*, com efeito retroativo torna-se claro que ela não se ajuda ao paradigma de forma jurídica associada à noção de lei que é própria da tradição do Estado de Direito.

31 Binding, Karl: *Handbuch des Strafrechts*, Scientia Verlag, Aalen, 1991, p. 860.

32 *Ibid*, pp. 862 s.

33 Para isso, consulte Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 115 ss..

34 Binding, *op. cit.* (nota 31), p. 864.

35 Consulte Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 141 ss.

36 Pérez del Valle, Carlos: “Amnistía, constitución y justicia material”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 61 (2001), pp. 187 ss., 194.

Então, a anistia conta como ato de graça que assume a única forma de lei. Agora, todo ato de graça representa uma renúncia ao exercício de um Direito punitivo *lato sensu*³⁷. A identificação do Direito específico o cujo exercício se renuncia pelo ato de graça correspondente torna possível, seguindo a Binding, diferenciar duas formas básicas, ou seja: a *abolição*, de uma parte, e a *graça no sentido estrito*, de outra, que respectivamente representam uma renúncia ao direito ao exercício da ação penal e uma renúncia ao direito (judicialmente estabelecido) à execução da pena já imposta. Logo, o distintivo da anistia não pode ser encontrado na especificidade da classe de ato de graça que ela representa, senão exclusivamente em que ela assuma (somente) a forma jurídica de uma lei especial retroativa, seja para o outorgamento de uma abolição ao modo de uma “anistia própria”, seja para um outorgamento de graça no sentido estrito ao modo de uma “anistia imprópria”³⁸.

A proposta anterior é importante porque sugere que a diferença juridicamente fundamental entre uma anistia como abolição (ou “anistia própria”) e uma anistia como graça em sentido estrito (ou “anistia imprópria”) tem que ser encontrada no sentido pragmático de uma e outra forma de renúncia. Pois quando o Estado renuncia, mediante um ato de graça *stricto sensu*, à execução de uma pena já judicialmente imposta, o que se faz é renunciar de forma direta e que não reflita ou indiretamente – como no caso de uma abolição – à reafirmação da autoridade do Direito. E nesse ponto emerge a consideração que é importante para o argumento aqui desenvolvido. Um ato de graça em sentido estrito, também quando pode aparecer na forma de uma anistia (“imprópria”), representa exatamente o contrário a um julgamento de absolvição, dado que pressupõe, efetivamente, um julgamento condenatório.

IV. A GRAÇA FRENTE À JUSTIÇA

A. IRRACIONALIDADE DA GRAÇA?

O ataque ilustrado ao reconhecimento jurídico de uma prerrogativa de graça sobrevive, no entanto, como um lugar comum na teoria penal contemporânea. A citação obrigatória a esse respeito se encontra, novamente, em Kant:

*O direito de graça (ius aggratiandi) para com o criminal – de atenuação ou de liberação completa da pena – é o mais obscuro entre todos os direitos do soberano, que demonstra assim o brilho de sua soberania cometendo, no entanto, injustiça em seu grau mais elevado*³⁹.

37 Binding, *op. cit.* (nota 31), pp. 863 ss.

38 Sobre isto Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 144 ss., 150 ss.

39 Kant, *op. cit.* (nota 26), B 236, pp. 459 s.

Kant complementava suas breves disquisições com respeito ao direito de graça adicionando, no entanto, que o mesmo “é o único que merece o nome de direito de majestade”, algo que Hegel complementaria, advertindo que se trata aqui de “um dos mais altos reconhecimentos da majestade do espírito”⁴⁰.

Cabe supor, agora, que é essa associação do direito de graça com a posição inequívoca do soberano que explica a recusa liberal ao seu reconhecimento. (O próprio Kant, de fato, propusera limitar seu alcance aos crimes de lesa-majestade, pois só aqui teria o soberano legitimidade para perdoar um atentado cometido – estritamente – em sua contraposição). No exercício do direito de graça manifesta-se a satisfação do último critério que distingue a atribuição de soberania como tal: enquanto a decisão carente de base jurídica prévia, irredutivelmente subtraída do domínio do universalmente válido, também quando se assume a forma – e somente a forma – de lei, o ato de graça se deixa entender como uma determinação que suspende o regime do juridicamente previsto, introduzindo a *exceção*, em circunstâncias em que a exceção é, desde ponto de vista do Direito, aquilo que não é suscetível de subsunção jurídica⁴¹. O crucial assim é que para a decisão soberana não pode haver um “suposto de feito” que determine as condições de sua “procedência” ou “admissibilidade” jurídica, de tal maneira que o exercício de uma prerrogativa de graça não pode se ver constrangida ao modo de um regime de uma estrita atribuição de competências no sentido da tradição do Estado liberal de Direito⁴².

Até certo ponto, a razão para a resistência liberal ao reconhecimento de uma prerrogativa soberana de graça pode ser encontrada no feito de que esta somente se entende como um ressaibo da posição do monarca absoluto, característica do antigo regime, a qual precisaria de toda justificação sob um paradigma (pós-)ilustrado. Mas esse lugar comum dificilmente pode ser estimado como resolução. Pois não há razão alguma pela qual, no marco de um paradigma democrático de justificação do poder político, não poderia haver espaço para reconhecer ao soberano, isto é, ao povo que atua pelos seus órgãos representativos, uma prerrogativa de graça similar. Isso, na medida em que o distintivo de um paradigma democrático não é – como quisera entender o que o Böckenförde chama a tradição do “Estado constitucional material” – uma dissolução da pergunta pelo soberano, mas sim a recondução de sua resposta ao povo e às suas estruturas de representação imediata⁴³.

40 Hegel, *op. cit.* (nota 7), § 282.

41 Agamben, Giorgio: *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos, Valencia, 1998, pp. 27 ss.; o mesmo, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2004, pp. 23 ss.

42 Consulte Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 135 ss.

43 Así Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Staat, Nation, Europa*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1999, pp. 133 ss.

No entanto, a persistência de semelhante representação de uma suposta incompatibilidade entre uma prerrogativa soberana de graça e a tradição do Estado de Direito é inteiramente congruente com o feito, estritamente simétrico, de que de acordo com certa tradição liberal – mesmo quando não kantiana – a justificação retribucionista da pena estatal tende a ser tida por uma empresa que há de ser descartada, seja por exigências de secularização supostamente incompatíveis com esse marco de justificação, seja em função da suposta prioridade da justiça distributiva frente à justiça retributiva⁴⁴. Ele se encontra em sua máxima expressão na sugestão de que a desapareição da ideia de uma “pura retribuição carente de fins” acarretaria que a instituição da anistia deva ser liberada do “componente irracional da graça”⁴⁵. O problema fundamental é o mesmo em ambos os casos: a hipótese liberal da heteronomia do exercício do poder político quer na fundamentação da pretensão punitiva, quer na renúncia da mesma. Por isso, a defesa pós-metafísica de uma teoria da retribuição tem que estar associada a uma teoria democrática da legislação, que torna possível entender que a censura categórica que se expressa na punição é uma censura ultimamente fundada na autonomia de quem pratica o autogoverno. E o mesmo há de valer, então, *mutatis mutandis*, para o exercício de uma prerrogativa de graça que eventualmente possa deixar sem efeito uma punição retributivamente justa, isto é, merecida.

B. O PARADOXO DA GRAÇA

O problema que assim se apresenta, no entanto, consiste no que caberia denominar “o paradoxo da graça”: ou esta é reconduzida à lógica da justiça, com a qual sua relevância categorial desaparece, ou é entendida por oposição à justiça, com a qual seu exercício resulta ser, como dizia Kant, uma forma de injustiça obscena⁴⁶. O dilema se explica pelo feito de que a graça se localiza no limite exterior do domínio do direito, cujo exercício não se deixa ser interpretado, em consequência, como um momento interno à realização da justiça, o qual é, como registra Hart “a mais jurídica das virtudes”⁴⁷. E isso significa: um ato de graça não pode ser interpretado como uma operação de justiça retributiva, porque o efeito é, precisamente, remover uma consequência punitiva que resulta merecida desde o ponto de vista da justiça. O ato de graça, antes, somente poderia ser compreendido ao modo de uma *instrução* no domínio da justiça⁴⁸.

44 Com referência direta à teoria da justiça de Rawls, consulte Scheffler, Samuel: “Justice and Desert in Liberal Theory”, *California Law Review* 88 (2000), pp. 965 ss. Consulte também Zaibert, Leo: *Punishment and Retribution*, Ashgate, Aldershot, 2006, pp. 155 ss.

45 Marxen, Klaus: *Rechtliche Grenze der Amnestie*, C.F. Müller, Heidelberg, 1984, p. 13.

46 Com relação ao Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 117 ss.

47 Hart, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 208.

48 Así Duff, R.A.: “The Intrusion of Mercy”, *Ohio State Journal of Criminal Law* 4 (2007), pp. 361 ss., 364 s, 370 ss.

E assim nesse sentido resulta acertado se voltar sobre a compreensão da anistia como amnésia. Enquanto a operação do “poder do espírito para tornar sucedido algo que não foi sucedido”⁴⁹, como propõe Hegel, o ato de graça produz a invisibilidade desse intrometimento *para o direito*. A amnésia é aqui, exclusivamente, amnésia jurídica, e a sua necessidade poderia ser encontrada, ironicamente, na neutralização de uma possível amnésia política.

O anterior exige exploração, com algo mais profundo, do que se esconde atrás do achado do paradoxo da graça. E para isso cabe dirigir o olhar ao que possivelmente constituía a formulação mais radical desse paradoxo, ou seja, no *Proslogion* de Anselmo de Canterbury, quem se perguntava, ou melhor, perguntava perplexo a Deus: “como pode ser, então, justo que castigue aos maus e ser justo também que os perdoem?”⁵⁰.

O contexto dessa pergunta está constituído pela tentativa de Anselmo de demonstrar a necessidade da existência de Deus pela sua formação particular do assim chamado “argumento ontológico”: se for verdade que Deus, para além de sua natureza genuína, em todo o caso conta como aquele algo maior com o qual nada pode ser pensando, então o ateu – ou como o chama Anselmo, “o insensato” – se contradiz quando pretende dizer que é possível pensar que Deus não existe⁵¹. Pois então Deus já não seria pensado como aquele maior com o qual nada pode ser pensado, dado que algo que já existiu necessariamente – isto é, que existiu em qualquer mundo possível – seria em todo o caso maior do que algo cuja existência fosse somente contingente.

A partir dessa inferência, Anselmo prepara um exercício de compatibilização dos atributos que correspondem a Deus enquanto aquele maior ao qual nada pode ser pensado, por exemplo, de sua onipotência e sua bondade infinita. E é precisamente nesse contexto de especificação dos atributos divinos, no sentido de assegurar sua compatibilidade recíproca, que Anselmo tematiza o paradoxo da graça frente à atribuição de justiça infinita de Deus. E a perplexidade de Anselmo se encontra primariamente referida ao feito de que Deus “perdoa os maus e se compadece com a justiça deles”⁵².

O problema está, no entanto, em que Deus salva os justos, afirma Anselmo, “com a justiça que os corresponde”, enquanto que libera os injustos “da justiça que os condena”, em circunstâncias em que a justiça com que salva os primeiros exigiria, ao mesmo tempo, que condenasse os segundos. Portanto, inquirir Anselmo, “como pode ser justo que castigue os maus e ser justo

49 Hegel, *op. cit.* (nota 7), § 282.

50 Anselmo de Canterbury: *Proslogion*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 26 [cap. X].

51 Com detalhes Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 117 ss.

52 Anselmo, *op. cit.* (nota 50), p. 22 [cap. IX].

também com que os perdoe?”. A resposta que Anselmo oferece descansa no que caberia chamar de a onipotência da justiça de Deus:

Quando castigas aos maus é justo porque eles merecem, mas quando os perdoa também é justo, não porque mereçam, mas porque é digno de sua bondade. Então, perdoando os maus é justo conforme a ti e não conforme a nós, assim como é misericordioso conforme a nós e não conforme a ti [...]. Assim, tu és justo não porque nos destes o que merecemos, mas porque fazes o que é digno de ti⁵³.

O que aqui intervém é o reconhecimento de uma assimetria insuperável entre o padrão de justiça humana e o padrão de justiça divina, que para a consciência humana não parece como justiça, senão como misericórdia, isto é, como *graça*. O que se esconde atrás dessa assimetria é que o único padrão de justiça divina é colocado pelo próprio Deus, e por isso Deus perdoa, desviando-se do padrão de justiça humana, para ser “digno de si”.

O fundamental é que Anselmo conclua que, mesmo podendo vislumbrar por que é justo que Deus perdoe, já que é justo que Deus “seja [...] bom de tal modo que perdoar também é [...] bom”, ele não modifica, como recordava Anselmo a Deus, que “nenhuma razão entende por que, entre aqueles que são igualmente maus, salva por tua suma bondade estes mais que aqueles, enquanto por tua suma justiça condena aqueles mais que estes”⁵⁴.

C. A GRAÇA ENTRE A TEOLOGIA E A POLÍTICA

O que a conclusão de Anselmo sugere é que a graça não reconhece padrão algum que possa constituir-se em um critério geral de correção de seu exercício. Essa é a definição de graça: que “entre os que são igualmente maus”, alguns são castigados pela justiça, enquanto outros são liberados do castigo por misericórdia. Assim, a justiça jamais é servida pela graça, a não ser que a graça possa, então, derrotar a justiça⁵⁵. E não há razão alguma para pensar que, como ação *estatal* – e não a divina –, a graça perdeu sua conotação paradoxal do ponto de vista da justiça. Um ato de graça que adotará a forma de uma lei de anistia, por que assim poderia ser entendido, parafraseando Anselmo, como uma demonstração de que o Estado é digno de si mesmo.

A questão que se apresenta com virulência nesse ponto concerne a aceitabilidade da analogia que subtrai essa última parafrase. Em que medida cabe extrair consequências para nossa compreensão

53 *Ibid.*, p. 26 [cap. X].

54 *Ibid.*, p. 28 [cap. XI].

55 Duff, *op. cit.* (nota 48), p. 387.

das instâncias de graça soberana a partir de alguns esboços de especulação teológica com respeito à graça como atributo divino? Essa pergunta pertinente resulta especialmente frente à concepção hegeliana do direito de graça⁵⁶. Pois para Hegel, o direito de graça do soberano, enquanto um dos mais altos reconhecimentos da majestade do espírito, entende-se como um “reflexo das próprias determinações de uma esfera mais alta”⁵⁷, o qual corresponde com sua tese de que, frente à justiça, que tem seu lugar no mundo terreno, “a graça tem que vir de fora”⁵⁸. O fundamental aqui é Hegel sustentar que o direito de graça desprende da soberania porque “somente nesta se dá a realização do poder do espírito de converter o sucedido em não sucedido e destruir o crime em perdão e em esquecimento”⁵⁹.

Essa proposição parece ser sumamente conflitiva frente ao complemento inserido junto ao parágrafo respectivo de suas *Orientações fundamentais da filosofia do Direito*, em que se lê o seguinte:

*O outorgamento de graça é a liberação de pena que, no entanto, não cancela o direito. Antes, esse subsiste e o contemplado segue sendo tão criminal como antes; a graça não declara que ele não tenha cometido [o] crime. Esse cancelamento da pena pode ter lugar pela religião, pois o que já aconteceu pode ser convertido em não sucedido pelo espírito no espírito. Enquanto este é realizado no mundo, somente pode ter seu lugar na majestade e somente pode dar-se na decisão carente de fundamento*⁶⁰.

Essa passagem constitui uma fonte de genuína perplexidade exegética. Pois aqui se afirma, de um lado, que a liberação de pena em que se traduz o exercício do direito soberano de graça não elimina o feito de que o crime correspondente efetivamente foi cometido, de modo que seu autor, acrescenta Hegel, “segue sendo tão criminal como antes”. Mas Hegel sustenta, por outro lado, que (somente) na majestade do soberano se atualiza a possibilidade terrena de transformar o já acontecido em não acontecido, ou seja, “pelo espírito no espírito”. Logo: em que sentido cabe afirmar, simultaneamente, que em virtude da graça o crime não é acabado, apesar de que nela se realiza o poder de transformar o sucedido em não sucedido?

A resposta oferecida a Hegel é pela, novamente, contraposição entre os domínios da graça e da justiça. Pois esta última, especificada como justiça retributiva, se encontra inevitavelmente

56 Com detalhes Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 127 ss.

57 Hegel, *op. cit.* (nota 7), § 282.

58 Hegel, G.W.F.: *Die Philosophie des Rechts. Vorlesung von 1821/22*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2005, § 99.

59 Hegel, *op. cit.* (nota 7), § 282.

60 Ibid.

referida à culpabilidade do autor objetivada no crime. Recentemente, a graça, e não a justiça, é capaz de pôr a vontade objetivada no feito na perspectiva da vontade do autor “em sua generalidade”⁶¹ Ele, porque somente a graça, e não a justiça, é capaz de dar conta da totalidade das obras de um sujeito e referir-se, assim, à sua vontade “em sua generalidade”⁶²

Mas aqui se torna determinante que a graça transforme, desse modo, o acontecido em não acontecido, como afirma Hegel, “pelo espírito no espírito”. A graça não supre, porque nada pode ser feito, a efetividade do feito criminal – daí que a anistia e o indulto constituam as causas de *extinção* (e não de exclusão) da responsabilidade penal, e que a primeira, apesar da persistência do lugar comum correspondente, não “apague o crime”⁶³ Mas a diferença da punição como realização do retributivamente justo, pelo qual se responde ao feito superando-o pela contradição, de tal modo que o direito se reconcilia consigo mesmo, a graça não constitui uma resposta ao feito em seus próprios fins, senão mais uma renúncia à essa resposta. Enquanto o autor do *feito* merece – em sua dignidade – receber uma resposta para isso em seus próprio fins, o autor do ato de graça se mostra sobre o feito e a necessidade de sua refutação, isto é, mostra-se digno de nada mais que *si mesmo*, renunciando ao entrar no diálogo da punição.

Assim resulta-se possível determinar o sentido em que o exercício do direito soberano de graça se corresponde com uma decisão “carente de fundamento”. Isso não quer dizer que o exercício do direito de graça tenha resultado arbitrário, no sentido de *irracionalmente* arbitrário. Antes do que se trata é que a graça não se resulta constrangida pela lógica da justiça, e por isso, sob determinadas circunstâncias, sua operação pode ser expressiva de uma vontade soberana de suspensão do direito.

V. A JURIDIFICAÇÃO DO TERROR

Neste ponto cabe retomar a tese de Anselmo, segundo a qual, pela graça, Deus se mostra digno de si mesmo. Pois algo similar cabe dizer, *mutatis mutandis*, do exercício de uma prerrogativa soberana de graça. Pela graça, o titular do *ius puniendi* se mostra digno de si mesmo, e somente de si mesmo, precisamente pelo momento irreduzivelmente soberano que distingue a graça como suspensão da lógica da necessidade jurídica. Isso é significativo (ao se) dar uma olhada no caso chileno. Pois dado o silêncio que domina a discussão com respeito às responsabilidades pelo terror, que é um silêncio mediado pela aplicação ordinária do direito aos feitos do terror, o que a transição chilena arrisca deixar como legado é a consolidação crítica do terror como

61 Hegel, *op. cit.* (nota 58), § 99.

62 Consulte Arendt, Hannah: *Responsabilidad y juicio*, Paidós, Bacerlona, 2007, p. 123: “Não se perdoa o assassinato, senão o autor, sua pessoa tal como se apresenta com suas circunstâncias e intenções”.

63 Com relação ao Mañalich, *op. cit.* (nota 2), pp. 150 ss.



PICHAÇÃO EM RUA DO RIO DE JANEIRO. 14 DE AGOSTO DE 1979

FONTE: ARQUIVO NACIONAL

um momento genuinamente constituinte de nossa identidade coletiva e, mais precisamente, como um episódio de violência fundacional.

Na medida em que a punição se articula como a resposta – retributivamente justa – aos feitos do terror, o único que alcança a ser tematizado em cada instância de persecução e julgamento é o objetivo da vontade criminal isolada que se expressa no feito respectivo punível (aqui deveria ser suficientemente ilustrativo o problema perene de demonstrar judicialmente a “conexão” de Pinochet com os feitos da DINA – como se a hipótese originária fosse a desconexão, exigida, no entanto, pela presunção de inocência). Isso não obsta, certamente, a que sobre a base da coleta de cada uma das sentenças condenatórias pronunciadas cabe extrair uma generalização que dá conta da massividade dos crimes cometidos pelos agentes do Estado em pouco menos de duas décadas. Mas o que então teremos não é muito mais do que uma recontagem e uma estatística.

A razão pela qual poderia chegar a ser imprescindível resistir a essa redução dos feitos do terror a uma soma de feitos delitivos é, tal como já se foi insistido, que desse modo o terror não chegue a ser apreendido como tal, enquanto este transcende a lógica da razoabilidade que caracteriza a operação ordinária do direito. E aqui tem que advertir que esta última expressão é pleonástica: toda operação do direito, enquanto operação do *direito*, é ordinária, porque o direito não é capaz de conter – mesmo que sim, eventualmente, de mencionar – a exceção, isto é, uma genuína interrupção de sua própria vigência.

O item anterior sugere uma determinação possível do último sentido político da estratégia judicial de solução do “problema dos direitos humanos”. Trata-se de um rito que comemora a operação efetuada a custo das vítimas (“empíricas”) do terror, em cujo marco a violência perpetrada sobre elas adquire o significado de uma violência fundacional, isto é, uma violência sobre a qual está fundada a compreensão prevalecente sobre o modo de ser de nossa vida política. E a razão para ele já deveria ser óbvia: a compreensão dos feitos do terror como soma dos feitos delitivos discretos estranha a afirmação implícita de uma correspondência normativa entre o tempo do terror e o nosso tempo, que assim se converte no tempo dos filhos do terror. Pois como já nos

ensinava Kelsen, o direito é como o rei Midas: a aplicação (“ordinária”) do direito aos feitos do terror nos impede de tomar distância deles, os quais passam a ser, mesmo que seja ao modo de retribuição jurídica, feitos nossos.

Contra o que parece ser um axioma das forças políticas pretendidamente críticas do “legado do governo militar”, a estratégia reducionista da punição irrestrita não foi capaz de reverter esse assentamento do terror como violência fundacional acontecida no marco de uma “gestão histórica”. Dificilmente tem um cenário estrategicamente mais favorável que o atual para aqueles que apoiaram firmemente, mas sem chegar a “sujar as mãos de sangue”, o regime que perpetrou o terror, e que hoje esgrimem essa precisa circunstância para separar-se do mesmo. Que tais pessoas que façam parte dos quadros que hoje administram o Estado não deveriam surpreender no absoluto. Pois parecia que o destino da transição chilena foi, no último termo, possibilitar o branqueamento da responsabilidade daqueles que hoje podem comodamente sustentar que “os excessos” perpetrados ao amparo da ditadura que eles servilmente apoiaram se explicariam como nada mais que feitos criminais individualmente imputáveis a Manuel Contreras e seus sequazes.

E aqui não é possível deixar de mencionar o que com toda a probabilidade constitua a última demonstração do destino da transição chilena como processo de banalização da violência perpetrada pela maquinaria repressiva da ditadura: a qualificação do homicídio do senador Jaime Guzmán – o principal ideólogo da ditadura militar de Pinochet – como um crime de lesa-humanidade, tal como sugeriria o ministro em visita Mario Carroza em seu relatório emitido com data de 8 de setembro do ano passado, no marco da tramitação do recurso de amparo interposto pelo imputado Francisco Enrique Villanueva Molina. Os termos favorecidos pelo juiz Carroza para sustentar a dita qualificação resultam sumamente ilustrativos no que aqui interessa. Consequente reparar aquilo que não poderia ser cumprido, por razões técnicas, o prazo de prescrição da respectiva ação penal, o juiz Carroza acrescentou que “um crime da natureza como o que se investiga pela repercussão que provoca pode ser daqueles que foram definidos como lesa-humanidade, e por assim, são imprescritíveis.”

Nem a própria Corte de Apelações de Santiago, que recusou o recurso de amparo em questão, nem a Corte Suprema que em definitivo confirmou essa última sentença, recusando assim o recurso de apelação interposto contra a sentença da Corte de Apelações, se pronunciaram a respeito da qualificação sugerida pelo juiz Carroza em seu relatório. Mas é altamente expressivo do último significado dos muitos “processos bem-sucedidos de justiça transicional” chilenos que o juiz que ao mesmo tempo investiga, no tempo presente, os feitos relativos à morte do presidente Salvador Allende sustentou que o homicídio de Guzmán, perpetrado em 1º de abril de 1991, haveria constituído um crime de lesa-humanidade “pela repercussão” que o mesmo

provocara. Pois se é, de fato, a repercussão provocada por um determinado feito delitivo que o converte em um crime de lesa-humanidade, então já sabemos que é o decisivo para que as assim chamadas “violações de direitos humanos”, imputáveis às agências de tortura e extermínio que atuaram ao amparo da junta militar e com o beneplácito de muitos poucos que ainda defendem a Constituição de Pinochet, recebam essa mesma qualificação: o decisivo, haveria que dizer, é que as “violações dos direitos humanos” têm uma determinada *repercussão*.

Seria imaginável que neste ponto se levantara a objeção de que, por essa via, se estaria atribuindo importância excessiva à compreensão explicada por nada mais que um juiz da República para estabelecer um argumento de caráter geral com respeito ao último significado da estratégia de solução jurídica ao problema dos direitos humanos. Mas ele supunha mal interpretar o argumento. Pois não se trata aqui de que o conteúdo do relatório do juiz Carroza sirva de *premissa* para o argumento global que aqui foi relatado. Trata-se, então, de que o conteúdo do relatório do juiz Carroza parece ser a cristalização da tese que repousa sobre o dito argumento global: a única maneira de submeter o terror à operação do direito é privando-o de tudo aquilo que o converte em inacessível para o direito, isto é, trivializando o terror até o ponto de reduzi-lo a aquilo que qualquer instância de terror pode ter em comum com o mais pedestre feito delitivo: uma certa repercussão que o mesmo provoca.

No relatório do juiz Carroza é possível identificar, por assim, a explicação do destino da transição chilena. A estratégia política de relegar o processamento do terror ao fórum judicial assegurou a clausura de qualquer possibilidade de interrogação política com respeito ao que quisera chamar de “significado *constitucional* do terror”. As vítimas do terror passarão à história como relíquias pela cuja comemoração se sublimará, talvez *ad aeternum*, a violência sobre a qual descansa a *ordem* imposta pela Constituição de 1980 – a Constituição de Pinochet – cuja origem terrífica, com toda probabilidade, terá que ficar arquivado junto com uma coleção de expedientes de processos judiciais em cujas máscaras não figurarão os nomes de boa parte de quem hoje administram e usufruíam dessa mesma *ordem*.



FONTE: ARQUIVO NACIONAL



“AO JULGAR A JUSTIÇA, TE ENGANAS”

APONTAMENTOS SOBRE A JUSTIÇA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL¹

Lauro Joppert Swensson Junior

Doutorando em Direito na Goethe-Universität, Frankfurt am Main (Alemanha), bolsista da Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD), bacharel em Direito pela USP e mestre em Filosofia pela UNIMEP

– Não te enganes – preveniu-o o sacerdote.

– Em que haveria de enganar-me? – perguntou K.

– Ao julgar a justiça, te enganas – disse o religioso – Nas palavras de introdução à lei, existe uma história referente a esse engano: diante da Lei está um porteiro. Um homem do campo acerca-se dele e pede-lhe que o deixe entrar na Lei. Mas o porteiro diz-lhe que agora não o pode deixar entrar. O homem reflete e pergunta se poderá, então, entrar mais tarde. “É possível”, diz o porteiro, “mas agora não.” Como o portão da Lei se encontra, como sempre, aberto, e o porteiro se afasta para o lado, o homem inclina-se para dentro através do portão. Assim que o porteiro repara nisso, ri-se e diz-lhe: “Se te atraí assim tanto, experimenta então entrar, apesar da minha proibição. Mas repara: eu sou forte. E sou apenas o porteiro mais ínfimo. De sala para sala há, porém, outros porteiros, cada um deles mais forte do que o outro. Até eu próprio já não consigo suportar o aspecto do terceiro porteiro.” O homem do campo não esperava encontrar tais dificuldades, a Lei deveria ser sempre acessível a todos, pensa ele, mas observando melhor o porteiro com o seu casaco de peles, o seu grande nariz afilado, a sua longa, rala e negra barba tártara, decidiu que era melhor esperar até que chegasse a

¹ Gostaria de agradecer ao Marcelo D. Torelly pelo convite para a elaboração deste texto e também a Gessé Marques Jr, Giovani Favoreto Brocardo, Newton Silveira Dias Jr, Flavia Portella Püschel, Erika Camargo Vegners, Dimitri Dimoulis e Nilo Batista pela leitura crítica e seus tão valiosos comentários e sugestões. Lembrando, contudo, que é minha toda a responsabilidade pelas análises, posicionamentos e eventuais erros que seguem.

autorização para entrar. O porteiro dá-lhe um escabelo e permite que ele se sente ao lado da porta. Fica ali sentado durante dias e anos. Faz muitas tentativas para ser admitido e cansa o porteiro com os seus pedidos. Aquele, às vezes, coloca-lhe pequenas perguntas e interroga-o sobre a sua terra e sobre muitas outras coisas, mas de uma forma indiferente, como fazem os grandes senhores, e, no fim, diz-lhe sempre que ainda não o pode deixar entrar. O homem, que se proveu de muitos meios para a sua viagem, emprega tudo, mesmo o que tem de mais valioso, para subornar o porteiro. Este, com efeito, aceita tudo, mas diz-lhe ao mesmo tempo: "Aceito apenas para que não creias que descuraste de alguma coisa." Durante todos aqueles anos, o homem olha quase ininterruptamente para o porteiro. Esquece-se dos outros porteiros e parece-lhe que esse primeiro é o único obstáculo para a entrada da Lei. Nos primeiros anos, amaldiçoa indelicadamente em voz alta o acaso infeliz e a falta de consideração e, mais tarde, à medida que envelhece, apenas resmunga. Torna-se acriançado e como, durante todos esses anos, estudou o porteiro e já lhe conhece as pulgas na gola do casaco de peles, pede também a essas que o ajudem a demover o porteiro. Por fim, a sua vista enfraquece e já não sabe se escurece realmente ou se são apenas os seus olhos que o enganam. Agora, porém, reconhece na escuridão um brilho que, inextinguível, irrompe através das portas da Lei. Mas ele não viverá muito mais. Antes de morrer, todas as suas experiências durante aquele tempo convergem para uma pergunta que até agora ainda não tinha colocado ao porteiro. Faz-lhe um sinal para que se aproxime, pois o seu corpo entorpecido já não consegue endireitar-se mais. O porteiro tem de curvar-se profundamente, pois a diferença de estatura altera-se bastante em desfavor do homem. "Que mais queres ainda saber?", pergunta o porteiro, "és insaciável." "Todos se esforçam por alcançar a Lei", diz o homem, "então, como é possível que, durante esses anos todos, ninguém, a não ser eu, pedisse para entrar?" O porteiro reconhece que ele já está próximo do seu fim e, para alcançar o seu ouvido moribundo, berra-lhe: "Aqui mais ninguém poderia ser admitido, pois esta entrada era apenas destinada a ti. Agora vou-me embora e fecho-a!"²

I. INTRODUÇÃO

Uma vez uma professora, que admiro muito, confessou-me ter de início ficado perplexa ao ler um artigo meu sobre a "punição penal sobre os crimes da ditadura militar"³. Na sua opinião, nossa maior divergência estaria na expectativa de neutralidade que eu tinha em relação ao debate jurídico, neutralidade essa, concordamos, sempre impossível. É que nesse tema, em particular, seria preciso pensar bem para onde nossos argumentos nos levarão, para que lado da história.

² Kafka (1925), 2001, p. 239-241. Escrito em 1914, o conto "Diante da Lei" foi publicado em 1915 pela editora de Kurt Wolff, antes da publicação do livro "O Processo", em 1925, no qual está inserido.

³ Swensson Jr, 2010a, p. 23-59.





De modo que considere necessário, quando convidado para escrever nesta revista, de antemão esclarecer possíveis dúvidas sobre o meu posicionamento político e ideológico no tocante a essa temática. Pois bem, entendo-me defensor do Estado Democrático de Direito e receoso em concordar com qualquer violência que oprima o ser humano (seja ela direta ou indireta, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva, coercitiva ou regulativa). Considero absolutamente condenável e lastimável a violência exercida pela ditadura contra seus adversários, solidarizando-me com as suas vítimas. Especialmente pelo fato das mais graves condutas criminosas terem sido praticadas por agentes do Estado, cuja função sempre foi e continua sendo proteger os seus cidadãos e nunca reprimi-los à margem da lei. Enfim, acredito que o recente movimento da justiça transicional no Brasil pelo acerto de contas com o passado e pelo rompimento com o legado autoritário da ditadura, ainda que atrasado, vem em muito boa hora.

Além de todas essas convicções, é necessário salientar mais uma: é preciso ter muito cuidado e responsabilidade nesse acerto de contas para que não se cometam injustiças. Por exemplo, a injustiça de não se dispor a ouvir o outro; de simplificar o debate político numa disputa entre o Bem e o Mal e de demonizar, perseguir e censurar quem pensa diferente. A injustiça de se apresentar, dentro de uma argumentação, um ideário abstrato e controvertido como dotado de consistência e coerência; de se exhibir algo duvidoso e confuso como provido

de realidade⁴. A injustiça de não se atribuir direitos humanos a todos os seres humanos. A injustiça de não se refletir sobre os efeitos perversos da pena. A injustiça de se oprimir (ou “*justiçar*”)⁵ seres humanos, em nome da justiça e dos direitos humanos⁶. Se a paz deve ter o nome da servidão, da barbárie e da solidão, escreveu Spinoza, nada há mais lamentável para o homem do que a paz.

Em suma, sustento que *a justiça de transição brasileira deva ser justa*. Mas o que quer se dizer com isso? É possível uma justiça de transição que não seja justa? Em que consiste, afinal, essa justiça de que tanto se fala no atual debate sobre a justiça transicional brasileira? Que justiça é essa, que a própria expressão “justiça de transição” tomou para si, apresentando-lhe como elemento inerente? Quais são suas exigências? Quais são seus limites? Quais são suas relações com a lei positivada? Qual é a sua relevância normativa? Em que sentido é possível falar em justiça (ou injustiça) da justiça de transição? É no intuito de buscar respostas a essas indagações que o presente ensaio se propõe a tratar da postergada discussão instaurada no Brasil acerca da superação do passado ditatorial, analisando e problematizando a ideia de justiça inserida no conceito de justiça de transição.

Como será mostrado adiante, existe uma independência rebelde e “*herege*” da ideia da justiça que a faz insurgir-se contra todos os limites teóricos, conceituais, metodológicos, normativos ou valorativos que se tenta impor sobre ela e, ao mesmo tempo, denunciar injustiças concretas, mesmo aquelas praticadas em seu nome. Neste trabalho, procuraremos apontar especialmente duas situações relacionadas à justiça de transição que, se não observadas, acreditamos incidir em injustiças. Ou seja, nos debruçaremos sobre duas demandas que pensamos decorrer de uma justiça de transição justa: Primeiro, que a exigência por responsabilização (jurídico-penal, civil, administrativa, social, histórica, argumentativa, simbólica etc.) não suprima ao acusado o direito de ser ouvido, de apresentar suas razões, sua defesa, por mais bárbaro e repugnante que tenham sido os seus atos. Segundo, que não se imponham determinadas “*certezas*” e “*verdades*” sem antes discuti-las, explicá-las, justificá-las, fundamentá-las. Qual modelo de justiça de transição deve ser seguido no Brasil? Quais estratégias e mecanismos devem ser utilizados? As respostas dependem inevitavelmente de opções políticas pessoais, de modo que não seja possível, em nome da justiça, suprimir a reflexão crítica e o debate por meio das mais variadas formas de censura.

4 Como é o caso das hipostasias denunciadas por Dimoulis sobre as campanhas pela busca da verdade, pela punição dos crimes e pela superação do direito injusto no atual debate da justiça transicional brasileira, cf. Dimoulis 2010; Dimoulis, Sabadell, s/d.

5 Esta era a expressão utilizada pelos grupos de esquerda que combatiam a ditadura, com a qual se procurava oferecer legitimidade às execuções praticadas.

6 Wiethölter, 1986, p. 26.

Após discorrer brevemente sobre a violência estatal praticada contra os adversários do regime civil-militar (II) e o postergado acerto de contas acerca do passado ditatorial instaurado no Brasil nos últimos anos (III), examinaremos o conceito de justiça de transição inserido nesse debate (IV) e, em especial, a ideia de justiça trazida com ele e sua paradoxal relação com a positividade do Direito (V) para, no final, ensaiar algumas reflexões sobre a desconstrução da justiça (e a justiça da desconstrução) da justiça transicional, apoiadas principalmente na obra *Force de loi*, de Jacques Derrida (VI)⁷. Como se poderá perceber ao longo da leitura, faremos algumas remissões ao conto *Vor dem Gesetz*, de Franz Kafka, que se encontra na epígrafe deste ensaio e que inspirou a sua elaboração, bem como referências ao problema da responsabilização penal dos agentes da repressão política estatal, para exemplificar reflexões muitas vezes demasiadamente abstratas e difíceis, sem, todavia, entrar em detalhes dogmático-jurídicos, já enfrentados em publicação anterior⁸.

II. VIOLÊNCIA ESTATAL

Vários países que viveram ou ainda vivem sob regimes ditatoriais foram ou são marcados pela excessiva violência com que seus governos consolidam o poder e esmagam a contestação vinda de opositores políticos. Essa violência consiste, por um lado, na prática de excessos por parte de funcionários e colaboradores do regime, muitas vezes prescritos como crimes (ações típicas, antijurídicas e culpáveis) segundo a legislação penal então vigente, mas com a tolerância ou a anuência do Estado. Por outro lado, essa violência ocorre também sob o consentimento da própria legislação criada pelo governo ditatorial para justificar seus atos. As ditaduras outorgam leis que autorizam juridicamente a violência praticada contra os seus inimigos, daí uma aparente legitimidade de seus atos.

Com a ditadura civil-militar brasileira (1964-1985) não foi diferente. Entre períodos de “abertura” e “endurecimento”, a liberdade de expressão foi reprimida, os meios de comunicação controlados e censurados, direitos civis e políticos suspensos, mandatos cassados, servidores públicos sumariamente demitidos ou compulsoriamente aposentados, críticos do regime perseguidos, arbitrariamente e ilegalmente detidos, banidos ou forçados a deixar o país para evitar a morte e as sevícias da ditadura. Por meio de incisivas mudanças legislativas (como os Atos Institucionais e as novas leis de segurança nacional), da criação de órgãos repressivos especializados (como os do Sistema Nacional de Informações e do Sistema de Segurança Interna) e da “institucionalização” à surdina de práticas ilegais e criminosas (como a tortura, o desaparecimento forçado e a execução extrajudicial), estabeleceu-se no Brasil toda uma estrutura de repressão montada,

7 Derrida, 2002.

8 Swensson Jr, 2010a.

organizada e patrocinada pelo Estado para perseguir e punir os que se opunham ao regime. Com ela, as expressões mais cruas da violência estatal se reeditavam, se reinventavam: não mais em senzalas, malocas, Canudos, Contestado ou em colônias correccionais de velhas ditaduras⁹, mas em outros porões¹⁰, outras “florestas de homens sem alma”¹¹.

Como escreveu Elio Gaspari: “A violência política percorreu um ciclo no regime brasileiro. Introduziu palavras no léxico cotidiano, tais como cassar; eufemismos no vocabulário político, como a expressão “maus tratos” para designar pura e simplesmente a tortura; siglas no Direito Constitucional, como AI, abreviatura dos dezessete atos institucionais baixados na desordem legiferante nascida com a noção segundo a qual “a Revolução legitima a si própria”, proclamada no preâmbulo do AI-1. Coroando essa confusão semântica, o próprio regime, autoproclamado “Revolução” ao nascer (“revoluçozinha sul-americana como dezenas de outras”, como disse Gilberto Amado sobre 1930), foi ao jazigo aceitando a classificação de “autoritário”, quando, para conhecê-lo, não se dispõe, há mais de dois mil anos, de palavra melhor que ditadura”¹². A par das perenes disputas interpretativas e terminológicas sobre a ditadura (ou sobre a “ditabranda”, como já foi chamada), com todos os seus eufemismos e disfemismos, o fato é que condutas tipificadas como delitos graves¹³ e iniquidades legalmente permitidas foram praticadas de maneira sistemática por agentes estatais e colaboradores da ditadura no exercício da repressão política contra os opositores do regime de exceção. As torturas, os desaparecimentos forçados e as execuções sumárias marcaram a história do Brasil. Uma história que insiste em não passar. E ninguém foi penalmente responsabilizado pelas suas ações criminosas.

9 Cf. as “memórias do cárcere” de Graciliano Ramos (1953), 2008.

10 Apesar da falta de uma pesquisa jus-sociológica dedicada ao cálculo das cifras obscuras no âmbito dos estudos da repressão política do Estado brasileiro, acredita-se hoje que cerca de cinquenta mil pessoas passaram pelo subsistema penal DOPS-DOI/CODI e, destas, não menos de vinte mil foram submetidas à tortura, havendo indícios de assassinato ou “desaparecimento forçado” de 300 a 400 pessoas. Calcula-se que, dos cerca de oitocentos processos contra a segurança nacional encaminhados à Justiça Militar, próximo de onze mil pessoas foram indiciadas e oito mil, acusadas, resultando em alguns milhares de condenações. Cf. Gorender, 2001, p. 12, 13; Dimoulis, 2010, p. 97; Tavares e Agra, 2009, p. 77. Para a apresentação de estimativas contidas em vários relatórios e dossiês, cf. Swensson Jr, 2010a, p. 25.

11 Para designar, segundo expressão utilizada por Elio Gaspari (2002b, p. 399-464), o massacre da Guerrilha do Araguaia, no qual estima-se terem sido mortos 10 camponeses e 46 guerrilheiros, sem quaisquer inquéritos policial-militares, denúncias formais ou sentenças judiciais. Quando rendidos, eram executados. Juntamente com os massacres de Canudos e Contestado, a historiografia descreve o da guerrilha do Araguaia como um dos mais selvagens exercícios da violência do Estado brasileiro contra os seus próprios cidadãos.

12 Gaspari, 2002a, p. 141.

13 No Brasil, a gravidade dos crimes praticados resulta não apenas de um juízo moral, mas também jurídico-legal. A legislação brasileira classifica os delitos, para efeitos de sua aplicação, em mais ou menos graves, ou então de maior ou menor potencial ofensivo, segundo a quantidade de pena prevista. Conforme o art. 61 da Lei nº 9099/95, combinado com o art. 2º, parágrafo único da Lei nº 10.259/01, ficam estabelecidos como infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a dois anos ou multa. Por exclusão, os crimes com pena máxima superior a dois anos são tidos como de maior gravidade. Cf. Vegners, 2005, p. 34.

III. O POSTERGADO ACERTO DE CONTAS

Com a promulgação da Lei de Anistia, em 29 de agosto de 1979 (Lei n. 6.683), não só impediu-se a persecução penal dos agentes estatais encarregados da repressão política, por meio do exercício da “função anistiante”¹⁴, mas instituiu-se também o silêncio e o conformismo acerca do passado ditatorial: simulacros de que o país havia superado seus traumas e rompido com o legado autoritário. Até aproximadamente meados da década passada, prevalecia o pensamento que a não responsabilização *de* ou o “perdão” aos dois lados envolvidos na disputa pela derrubada-manutenção da ditadura era necessária para a “pacificação” e a “reconciliação” da sociedade no transcurso da mudança de regime e da concretização da democracia. O Brasil não deveria gastar esforços em abrir sua “caixa de Pandora”, mas voltar suas atenções para a construção de um futuro pacífico e conciliatório, livre de revanchismos. Nesse sentido, o novo regime poderia até reconhecer a ilicitude dos atos do regime anterior e realizar algum tipo de reparação às vítimas, desde que se abstinhasse do dever de atribuir responsabilidades e de sancionar os responsáveis, evitando assim conflitos e animosidades. As pessoas poderiam até lembrar o passado, “mas de forma seletiva, silenciando o desagradável, o indizível, anulando a compreensão da zona cinzenta”¹⁵. Falar sobre certos acontecimentos do período da ditadura e de suas consequências jurídicas foi por muito tempo (e talvez continue sendo para muitas pessoas) um tabu ou, no máximo, um rumor abafado¹⁶.

É difícil estabelecer os motivos desse silêncio e desse conformismo. Mais do que o resultado de uma abertura política lenta, segura e gradual – em que o acerto de contas não seria possível em decorrência da coação exercida pelos militares que controlavam a “distensão” e, mais tarde, pelos políticos civis conservadores, comprometidos com a ditadura – ou então de uma suposta (e duvidosa) passividade inerente à cultura brasileira¹⁷, o desinteresse em rever o passado parece decorrer da própria vontade política de amplas parcelas da sociedade. Ainda que seja mais reconfortante pensar o autoritarismo fora da sociedade, limitado ao Estado ou a líderes manipuladores, não há como negar que a ditadura brasileira nunca foi exclusivamente militar, mas também civil. Enquanto construção social, ela pôde sustentar-se por tantos anos justamente porque seus valores, suas referências e sua cultura política estiveram (e, quem sabe, ainda estão)

14 Dimoulis, 1996, p. 154; Dimoulis, 2010, p. 93.

15 Rollemberg, 2007.

16 Swensson Jr, 2008, p. 130, 131.

17 Mezarobba, 2003, p. 158; Arquidiocese, 2003, p. 26. Criticamente: Swensson Jr, 2007, p. 122, 123; Skidmore 2000, p. 516.

disseminados na sociedade¹⁸. A ponto de até hoje evitar-se certas indagações constrangedoras, mas não menos indispensáveis: nós conhecíamos as sevícias praticadas pelo Estado contra os seus próprios cidadãos? Sabíamos que tais sevícias eram inclusive tipificadas como crimes? Por que nada foi feito? Por que a comunidade internacional (OEA, ONU etc.) nada fez¹⁹? Como deixamos isso acontecer?

Contudo, a situação mudou nos últimos anos. Já em 1995 foi aprovada a Lei n. 9.140, que reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro pelas mortes dos opositores políticos ao regime de 1964 e instituiu uma Comissão Especial com poderes para deferir pedidos de indenização e envidar esforços para a localização de corpos de pessoas desaparecidas²⁰. Desde então, várias medidas foram sendo tomadas, no sentido de:

- promover a reparação material e moral das vítimas da repressão ou seus familiares, por meio dos trabalhos da Comissão de Anistia, com suas pedagógicas caravanas e seus pedidos formais de desculpa em nome do Estado²¹;
- (re)contar e tornar conhecida a história obscura da ditadura, por meio da: abertura de arquivos de órgãos da repressão incorporados em 2005 ao acervo do Arquivo Nacional, publicação em 2007 do livro “Direito à Memória e à Verdade”²², criação em 2009 do “Centro de Referências das Lutas Políticas no Brasil” (“Memórias Reveladas”)²³, lançamento da revista “Anistia Política e Justiça de Transição”, veiculação de ampla campanha publicitária pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, construção do “Memorial da Anistia Política do Brasil” etc.
- tentar responsabilizar civil e/ou penalmente os agentes do subsistema penal DOPS-DOI/CODI e o Estado pelas violências praticadas. Por um lado, por meio de ações

18 Rollemberg, 2007.

19 Sobre a inércia da comunidade internacional a respeito das violências praticadas pela repressão política da ditadura brasileira, cf. Sabadell *et al*, 2009, p. 196-209.

20 A Lei 9.140/95 foi modificada pelas Leis n.ºs. 10.536/2002 e 10.875/2004 para ampliação da tutela das vítimas.

21 A Comissão de Anistia do Ministério da Justiça foi criada pela Medida Provisória (MP) 2151-3, de 24/08/2001, reeditada pela MP 65, de 28/08/2002, e convertida na Lei 10.559, de 13/11/2002. É essa Lei que regulamenta o direito à reparação dos perseguidos políticos, amparado no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Sobre as atividades da Comissão de Anistia, ver Pires Jr, Bellato, Torelly, 2009, p. 12-21. Criticamente: Gaspari, 2009.

22 Secretaria Especial dos Direitos Humanos (Org.), 2007. O livro é resultado de onze anos de pesquisa da Secretaria de Direitos Humanos e da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, instituída pela Lei n. 9.140/95.

23 <www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br>

judiciais propostas por familiares de vítimas²⁴ e pelo Ministério Público Federal²⁵. Por outro, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 (ADPF/153)²⁶, ajuizada em 2008 pelo Conselho Federal da OAB junto ao Supremo Tribunal Federal, e da demanda submetida em 2009 à Corte Interamericana de Direitos Humanos [Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil]²⁷, em que se questionou, em ambos os processos, a validade da anistia concedida aos agentes da repressão política²⁸.

Com essas medidas, acende-se um postergado²⁹ debate sobre a ditadura civil-militar e seu legado. Ainda que as sevícias da repressão política nunca tenham sido esquecidas e o silêncio imposto sobre o passado nunca tivesse deixado de ser contestado (especialmente pelas vítimas e seus familiares), somente nos últimos anos é que foram encontradas as condições políticas e sociais propícias para o franco enfrentamento de certas questões do passado autoritário, a fim de superá-las. Verifica-se, conforme Dimoulis, uma tentativa de mudança do modelo de justiça transicional brasileiro, com a substituição do “modelo de anistia” e do “olvido”³⁰ (baseado no “perdão” e no “esquecimento” das violências do regime anterior para a pacificação e reconciliação da sociedade) pelos modelos da “verdade” (assente na busca e preservação de uma “verdade” sobre o passado ditatorial, para que ele não se repita) e da “punição/reparação” (fundamentado na responsabilização dos agressores e/ou do Estado e nas reparações morais e materiais)³¹. Para quem estuda e se interessa pelo tema, o que era um rumor abafado torna-se fragor: um barulho forte, alto, que não pode mais deixar de ser ouvido. Resta, contudo, saber quão forte é esse barulho para a população em geral; se ele alcança e repercute na maioria dos brasileiros ou se restringe às reivindicações de um grupo comprometido com a causa³².

24 Ação movida contra a União para abertura de arquivos e localização dos restos mortais dos mortos e desaparecidos políticos da “Guerrilha do Araguaia” (processo n° 82.00.24682-5, da 1ª Vara Federal do Distrito Federal). Ações civis declaratórias movidas pelas famílias Teles e Merlino, para que Carlos Alberto Brilhante Ustra fosse declarado pela Justiça torturador (processos n° 05.202853-5 e 583.00.2007.241711-7, da 23ª e 42ª Vara Cível de São Paulo).

25 Por exemplo, a ação civil pública pedindo, entre outras coisas, que dois ex-comandantes do DOI-CODI de São Paulo, Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel, sejam condenados a *i*) pagar regressivamente os custos das indenizações suportadas pelo Tesouro Nacional na forma da Lei n° 9.140/95 às famílias de 64 vítimas da repressão; *ii*) reparar os danos morais coletivos; *iii*) perder as funções públicas que estejam eventualmente exercendo; *iv*) não mais serem investidos em qualquer nova função pública (processo n° 2008.61.00.011414-5, da 8ª Vara Federal de São Paulo).

26 Acórdão disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=612960>>

27 Caso 11.552. Cf. <<http://s.conjur.com.br/dl/denuncia-guerrilha-a.pdf>>. Sentença disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

28 O STF considerou a anistia válida, enquanto que a CIDH julgou-a inválida.

29 Cf. classificação de Elster acerca dos tipos de justiça transicional: “In *postponed transitional justice*, the *first* actions are undertaken (say) ten years or more after the transition.” Elster, 2004, p. 76.

30 Dimoulis, Sabadell, s/d.

31 Dimoulis, 2010, p. 94-99.

32 Segundo Dimoulis e Sabadell, s/d, as medidas tomadas para “dar voz” às vítimas e fazer um “resgate” histórico infelizmente não tiveram impacto junto a maioria dos brasileiros”. De todo modo, seria importante a realização de pesquisas empíricas para averiguar o quão verdadeira é essa afirmação.

IV. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Nesse fragor é que aparece a ideia de *justiça de transição*, tornando-se cada vez mais um importante topos argumentativo. Apesar do crescente emprego dessa expressão, seu significado não é único, tampouco incontroverso, devendo aquele que a utiliza render explicações sobre os sentidos a que está se referindo³³. Um primeiro sentido refere-se ao “acerto de contas” com o passado, após mudanças de regime. Com o fim de uma ditadura, por exemplo, a sociedade e em especial as autoridades políticas que assumem o poder estatal veem-se na difícil tarefa de confrontar-se com o passado ditatorial e administrar as consequências que dele decorrem. É preciso definir vítimas, repará-las e compensá-las; atribuir responsabilidades e encontrar formas de punição aos responsáveis; promover mudanças na legislação e reformas em certas instituições (como a polícia, as Forças Armadas e o próprio Poder Judiciário); oferecer uma outra “verdade” histórica e uma nova ideologia em substituição à que orientou os atos da ditadura etc. *Lato sensu*, justiça de transição pode ser definida como o conjunto de julgamentos, depurações e reparações que se realizam após a mudança de um regime político para outro, com fins de

Justiça de transição apresenta-se como um *standard* ou “plataforma” de justificação, a partir do qual se realizam avaliações críticas sobre o passado, todavia sem ela mesma se submeter a um juízo crítico. (...) Como se infere da própria expressão: justiça de transição é a transição justa

superação do passado (*um die Vergangenheit zu bewältigen*)³⁴. Trata-se, pois, de um olhar sobre o passado, quando pendências do regime anterior são revistas e rediscutidas, para então serem decididas e solucionadas. O novo Estado, para construir seu plano de futuro, deve antes resolver feridas pretéritas que ficaram abertas³⁵.

Apesar de se sustentar que a noção de justiça de transição é, nesse sentido, tão antiga quanto a da própria democracia, remontando das

restaurações democráticas atenienses de 411 e 403 a.C.³⁶, ela ganhou notoriedade somente a partir de meados do século XX. Num primeiro momento, após o final da Segunda Guerra Mundial e com a instalação dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, quando cunhou-se na Alemanha o conceito de *Vergangenheitsbewältigung* para tratar do problema da superação do legado deixado pelo terceiro

33 Jesse, 1992, p. 12.

34 Elster, 2004, p. 1, Dimoulis, 2010, p. 91, 92, Teitel, 2000, p. 5.

35 Swensson Jr, 2007, p 77, 78.

36 Elster, 2004, p. 3-23.

Reich, tendo sido tal expressão (sem tradução) bastante difundida nas produções acadêmicas da época, dentro e fora do país³⁷. Num segundo momento, com o emprego da expressão *Transitional Justice* (e seus correlatos em outros idiomas vernáculos), especialmente após a publicação, em 1992, dos três volumes da obra organizada por Neil Kritz: *Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes*, que tratou, entre outras, das transições políticas dos países sul-americanos e do leste europeu nas décadas de 80 e 90, respectivamente³⁸.

Não por acaso, o ganho de notoriedade dessas expressões corresponde ao período de vinculação da ideia de justiça transicional com a doutrina dos direitos humanos. Os anos que seguem a segunda metade do século XX correspondem ao início de uma nova e celebrada fase da “afirmação histórica”³⁹ ou “reconstrução”⁴⁰ dos direitos humanos na “era de ouro”⁴¹ do século XX: a “era dos direitos”⁴². Tendo como marco a Declaração Universal dos Direitos do Homem (aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948), é o período em que se procura elaborar e proclamar uma série de direitos naturais e, portanto, universais que funcionassem como “língua franca” entre os diversos povos do mundo e que garantissem, por meio do respeito à dignidade humana, a não repetição das atrocidades cometidas durante os regimes totalitários, especialmente aquelas vivenciadas nos campos de concentração e de extermínio. Trata-se, em outras palavras, do esforço da comunidade internacional em “responder” à tentativa totalitária de tornar os seres humanos supérfluos e “descartáveis”, por meio da elaboração de convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos e do estabelecimento de tribunais internacionais e de mecanismos de supervisão e controle. Desse modo, adota-se a perspectiva da vítima (dotada de direitos subjetivos inatos) como orientadora das ações de justiça transicional e ela passa a ser entendida como resposta às extensas e sistemáticas violações de direitos humanos: “*Transitional justice is a response to systematic or widespread violations of human rights. It seeks recognition for victims and to promote possibilities for peace, reconciliation and democracy*”, define o *International Center for Transitional Justice* (ICTJ)⁴³. Nas palavras de Paul Van Zyl: “é o esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos

37 Cf. indicações bibliográficas em Jesse, 1992, p. 11, 12. A expressão *Vergangenheitsbewältigung* voltou a ser muito utilizada na Alemanha na década de 90 para tratar de questões relacionadas à repressão política da ex-República Democrática Alemã, especialmente o famoso caso dos atiradores do muro de Berlim (*Mauerschützen*), cf. Tribunal Federal Alemão (BGH), NJW (*Neue Juristische Wochenschrift*) 1994, p. 2240; BGH, NJW 1995, p. 2730 e ss.; Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE), NJW 1997, 929, in JuS 1997, p. 400 e ss.

38 Kritz (Org.), 1995. Para uma “genealogia” da justiça de transição, cf. Teitel, 2003.

39 Cf. Comparato, 2010.

40 Cf. Lafer, 1999.

41 Cf. Hobsbawm, 2003, p. 223 e ss.

42 Cf. Bobbio, 1992.

43 <<http://www.ictj.org/en/tj/>>.

direitos humanos”⁴⁴. É esse o entendimento, mais estrito que o anterior, que prevalece no atual debate internacional e na recente discussão instaurada no Brasil acerca da superação do legado ditatorial.

Toda definição é uma operação linguística que busca a determinação clara e precisa de um conceito ou de um objeto. No caso do conceito de justiça de transição propagado no Brasil, ele é definido não de uma maneira pretensamente *neutra* (que evita as preferências pessoais, buscando determinar o conceito o mais objetivamente possível), tampouco *crítica* (que enfatiza os seus aspectos negativos, por meio de juízos de valor), mas predominantemente *apologética* (que defende, elogia e justifica determinada significação, por meio de um discurso engajado, parcial e muitas vezes apaixonado), de modo que sofra uma “restrição de cunho normativo” em relação à definição anterior⁴⁵. Por um lado, ele se afasta da acepção acima apresentada – como processo de julgamentos, depurações e reparações que se realizam após a mudança de um regime político para outro, seja ele democrático ou não – para se vincular especificamente às providências relacionadas à passagem de um regime violento e ditatorial para um regime pacífico, democrático, que respeita os direitos humanos⁴⁶. Conforme Dimoulis, “atribui-se aos termos “transição” e “justiça” um sentido axiológico. A transição é apresentada como sinônimo de progresso moral e civilizatório, e a justiça, como sinônimo de correto e adequado, sinalizando o triunfo do Bem contra o Mal, dos Justos contra os Injustos e apresentando o regime anterior como uma espécie de doença maligna que deve ser extirpada. Nas citadas palavras de Desmond Tutu, a justiça de transição aparece como luta da sociedade contra seus “fantasmas”⁴⁷.

Por outro lado, ao exibir a transição como sinônimo de progresso moral e civilizatório, as mudanças almeçadas e as medidas a serem adotadas são de antemão consideradas legítimas, justificadas. Justiça de transição apresenta-se como um *standard* ou “plataforma” de justificação, a partir de que se realizam avaliações críticas sobre o passado, todavia sem ela mesma se submeter a um juízo crítico. De que maneira? Assumindo na sua definição e utilizando em seu discurso conceitos que já estão presumidamente justificados: direitos humanos, democracia, dignidade humana, paz, justiça. Concretamente em relação ao Brasil, por estarem tais conceitos consagrados no próprio ordenamento jurídico, seja pela Constituição, seja por força do Direito Internacional dos Direitos

44 Zyl, 2009, p. 32. Segundo a *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*: “Transitional justice refers to a field of activity and inquiry focused on how societies address legacies of past human rights abuses, mass atrocity, or other forms of severe social trauma, including genocide or civil war, in order to build a more democratic, just, or peaceful future”. Bickford, 2004. <<http://www.ictj.org/static/TJApproaches/WhatisTJ/macmillan.TJ.eng.pdf>>

45 Sobre as abordagens neutra, crítica e apologética a respeito da definição do direito, cf. Dimoulis, 2003, p. 39-44.

46 Teitel (2000, p. 5) se refere a uma “*liberalizing transition*”. Apontar a apologia dessa definição mais estrita de justiça transicional não significa desqualificá-la, isto é, aferi-la “pior” do que a definição mais neutra e ampla, muito menos indicar minha preferência por uma das duas. A intenção aqui é mais mostrar características da definição, muitas vezes ignoradas ou omitidas pelos autores que a utilizam.

47 Dimoulis, 2010, p. 118, 119.

Humanos, seja pela jurisprudência e doutrina majoritárias que os deslumbram. Como se infere da própria expressão: justiça de transição é a transição justa⁴⁸. Isso pode ser visto, por exemplo, na apresentação do primeiro volume da revista “Anistia Política e Justiça de Transição”, quando se diz: “As reconstruções democráticas são um dos maiores legados do século XX”. “A democracia e o Estado de Direito não são valores discutíveis na atualidade. Estão acima das vontades e paixões ideológicas”⁴⁹. Ou ainda: “A justiça de transição é produto de algumas *certezas*: a) Que não se separe o Direito local e o Direito Internacional como se duas coisas distintas fossem; b) Que não confunda o Direito Positivo com o Direito Legítimo; c) Que comprometa-se com a preservação da dignidade humana acima de qualquer outro valor⁵⁰. Fala-se, conforme grifamos, em *certezas* (qualidade, caráter ou virtude daquilo que é certo ou considerado certo; perfeito e indiscutível conhecimento; verdade supostamente irrefutável e evidente)⁵¹. Nessas convicções, não se oferece espaço para dúvidas.

V. SOBRE A JUSTIÇA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A) O ENTRAR NA LEI: A BUSCA POR JUSTIÇA

Essa ideia de justiça de transição que prevalece no atual debate brasileiro refuta o argumento de que, pelo fato de não se saber exatamente o que é a justiça e qual é o critério do justo, não é possível realizar uma discussão razoável e consequente sobre a justiça e ela não possui qualquer relevância normativa sobre o Direito Positivo. É possível encontrar em muitos dos seus discursos o resgate de uma compreensão absolutista da justiça, segundo o qual atribui-se à ideia mesma da justiça a motivação, a orientação e a fonte legitimadora das medidas a serem tomadas após a transição política⁵². Como termina o “Manifesto público dos juristas em prol do debate público nacional sobre o alcance da lei de anistia”: “E ainda, por fim, presta solidariedade a todos os perseguidos políticos que, a mais de três décadas, fazem coro por uma única causa, a própria razão de ser do Direito: *que se faça a justiça*”⁵³.

48 Cf. Ambos, 2008, p. 21: “While regime change is not at all a new phenomenon the concept of TJ is recent and innovative in that it recognizes the importance of “justice” in processes of transition; in short, TJ deals with justice in transition”.

49 Genro, Pires Jr, 2009, p. 5.

50 Genro, Pires Jr, 2009, p. 6, 7.

51 Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa, verbete *certeza*.

52 Nós não estamos tratando aqui da questão se os valores que normalmente se relacionam à ideia de justiça de transição estão justificados ou não. Muito menos se alguns valores da justiça transicional são absolutos ou relativos, dispensando ou exigindo um sopesar com outros valores para a sua aplicação. Ao contrário, nós estamos nos referindo ao emprego da ideia mesma da justiça nos discursos sobre a justiça transicional para justificar a tomada de certas medidas. Agradeço à Flavia Püschel por esse comentário.

53 Lançado da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em 29 de agosto de 2008, o manifesto constou com a assinatura de mais de 270 reconhecidos juristas brasileiros. <http://xa.yimg.com/kq/groups/19592504/1929566310/name/Manifesto_e_assinatura_dos_Juristas.pdf>

Um exemplo disso pode ser visto no significado atribuído nesse debate ao *jus puniendi* do Estado. Em relação às torturas e demais sevícias da repressão estatal, ele é apresentado não apenas como a competência atribuída por normas jurídicas a funcionários públicos para investigar, processar e penalizar os autores das condutas tipificadas como crimes⁵⁴. Conforme uma interpretação literal e segundo a tradição kantiana e hegeliana acerca da teoria absoluta da pena, a expressão referir-se-ia à *justiça* mesma em o Estado realizar a punição: é justo punir torturadores; é injusto deixá-los impunes. Tal como os apelos de Antígona⁵⁵, caso exista algum obstáculo para a realização dessa justiça, ele deve ser superado. Mesmo que esse obstáculo seja a lei. Se houver, por exemplo, uma lei que anistie (Lei 6.683/79), prescreva (art. 107, IV e art. 109 CP) ou proíba a retroatividade de lei penal em prejuízo do investigado ou do réu (art. 5º, XL CF/88), impedindo assim a persecução e a condenação penal de torturadores, elas *ab initio* não valem, porque contrariam a justiça da sua punição. De maneira que se verifica implícita ou explicitamente⁵⁶ a retomada da assertiva “lei injusta não é lei” de tradição jusnaturalista (especialmente escolástica)⁵⁷, ressuscitada pelos tribunais alemães com a aplicação da chamada “Fórmula de Radbruch”⁵⁸. Do outro lado da Lei encontra-se a justiça: aquele brilho que o homem do conto de Kafka por fim reconhece na escuridão, inextinguível, que irrompe através das suas portas. É a justiça que o atrai e que o chama a entrar na Lei.

B) O NÃO ENTRAR NA LEI: A APORIA DA JUSTIÇA

Se partirmos da premissa de que não é mais possível abnegar-se, sob o argumento da autoridade (*sic volo, sic jubeo*), do dever de fundamentar as decisões, as sentenças, os juízos (especialmente numa argumentação que se pretende jurídica, dentro de um Estado Democrático de Direitos)⁵⁹, quem diz que determinado comportamento é justo ou injusto precisa explicitar as razões dessa sua afirmação. Inclusive sob o risco de ela ser julgada injusta, caso não fundamentada. O problema é que, em relação à justiça, isso não é possível. Por um lado, embora a justiça esteja em todos os debates (sobretudo no da justiça de transição), ninguém consegue concordar sobre

54 Para Dimoulis e Sabadell, a denominação *jus puniendi* é imprópria, por não se tratar de um direito subjetivo, mas sim de uma competência conferida pela legislação às autoridades estatais (2003, p. 243).

55 Sófocles, 2004.

56 Correspondente ao que chamamos argumentação moralista disfarçada e explícita, cf. Swensson Jr, 2010b, p. 322-342.

57 “Non videtur esse lex quae justa non fuerit” – Santo Agostinho I, *De Libero Arbitrio*, 5. São Tomas de Aquino, *Summa Theologica*, Quae, XCV, Arts. 2,4.

58 “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deveria ser resolvido no sentido de que o Direito Positivo, garantido por meio da legiferação e do poder, deve prevalecer mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, é injusto e inadequado. A não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça alcance um nível tão insuportável que a lei, enquanto ‘direito injusto’, deve recuar diante da justiça. (...)” A “Fórmula de Radbruch”, apresentada pelo professor de Heidelberg no seu artigo *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (in: *Süddeutsche Juristenzeitung*, vol. 1, 1946, p. 105-108), foi utilizada nos tribunais alemães para justificar a punição dos “criminosos” nazistas e, mais tarde, dos delitos praticados pela ex-República Democrática Alemã (RDA). Sobre a fórmula de Radbruch, Alexy, 1993, p. 3-7; Dimoulis, 1999, p. 16, 17; Dimoulis, 2006, p. 92-94; Dimoulis, 2010; Dreier, 1993; Hassemer, 2002; Naucke, 1996, p. 44 e ss; Neumann, 2010; Saliger, 1995; Swensson Jr, 2010a. Conforme explicação de Lafer, remetendo-se ao pensamento de Arendt sobre a “criminalidade estatal” corrida durante regimes totalitários do início do século XX: “as pessoas não agem anarquicamente e não cometem crimes ao acaso, por força de acidentes da fortuna: ‘they too act according to a law, but this law has become the opposite of those laws which are behind all legal systems’”. Lafer, 1999, p. 108-109. Nesse sentido, Arendt, 2003, especialmente p. 275-302.

59 Neumann, (2005), 2008, p. 76-78.

o seu conteúdo, os seus critérios, as suas razões⁶⁰. Por outro lado, a argumentação da justiça encerra-se em si mesma: é apresentada de antemão como verdadeira, como uma evidência que se demonstra *per se*, não necessitando de explicações para ser aceita. Isso parece repousar no caráter essencialmente inacessível da lei para alcançar o que estaria por detrás dela: a justiça. Ela, justiça, existe enquanto aporia, enquanto algo que não pode ser penetrado, explorado, conhecido. Como disse Derrida: “Una experiencia, como su nombre indica, es una travesía, pasa a través y viaja hacia un destino para el que aquella encuentra el pasaje. La experiencia encuentra su pasaje, es posible. Ahora bien, en este sentido, no puede haber experiencia de la aporía, es decir, experiencia de aquello que no permite el pasaje. Aporía es un non-camino. *La justicia sería, desde este punto de vista, la experiencia de aquello de lo que no se puede tener experiencia*”⁶¹.

Voltemos ao exemplo da responsabilização penal. A par das discussões sobre a possibilidade da superação dos obstáculos legais para a responsabilização penal (anistia, prescrição)⁶², ninguém discorda que, em tese, é justo penalizar torturadores. Mas quando saímos do plano teórico e voltamos os olhos ao caso concreto, essa certeza já não mais se sustenta. “Tudo que é sólido desmancha no ar, tudo o que é sagrado é profanado”⁶³. Ante a constatação de que o Brasil é um país onde “sobram” penas e “falta” Direito Penal, e diante de todo o esforço da ciência penal moderna em sustentar que o fim da pena não deve ser simplesmente a retribuição do mal para expiação da culpa (teoria da retribuição), mas a prevenção da prática de novos delitos pelo condenado (prevenção especial negativa), a sua ressocialização (prevenção especial positiva) e/ou o efeito instrutivo à sociedade da garantia de punição a todo aquele que atenta contra o direito (prevenção geral), como justificar, numa argumentação que não se restrinja à justificação legal, a necessidade de pena a pessoas de idade avançada, que hoje vivem socialmente integradas e que já não representam nenhum perigo⁶⁴? Por que é justo, afinal, punir hoje essas pessoas?

Na literatura brasileira, verifica-se a preocupação em afirmar que, no tocante à justiça de transição e à sua demanda por penalização, não se trata de revanchismo, de simples retribuição

60 A definição mais famosa e ainda hoje utilizada é aquela dada por Ulpiano (~170-224 d.C.): “a justiça é a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o seu direito” [*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Digesto, 1.1.10, preâmbulo]. Notadamente de raízes estoicas (e.g. Crisipo de Solis), consiste no dever de atribuir a alguém o que lhe é devido ou, conforme lição aristotélica, no estabelecimento de uma igualdade geométrica, proporcional entre as partes (gr. *to dianemetikon dikaion*, lat. *iustitia distributiva*), em contraste com a igualdade aritmética, abstrata (gr. *to em tois synallagmasi dikaion*, lat. *iustitia commutativa*) [Aristoteles, 1966, vol. 11, livro 5, cap. 5-7, p. 128 e ss. Cf. Villey, Arnaud, Petzold Pernia, 1999, pp. 443-447, Vesting, 2007, p. 84, 85]. Note que essa definição de justiça faz depender o justo de um critério de distribuição, sem contudo estabelecer qual critério é esse. Como decidir o que pertence a cada um? A cada um segundo a sua produção (cf. liberalismo econômico)? Segundo os seus direitos positivados em lei (cf. Estado de Direito)? Segundo os seus méritos (cf. aristocracia)? Ou a cada um segundo as suas necessidades (socialismo)? [cf. Höffe, 2001, p. 27].

61 Derrida, 2002, p. 38.

62 Tratadas em relação ao caso brasileiro em Swensson Jr, 2010a; Swensson Jr, 2010b.

63 Karl Marx, Manifesto do Partido Comunista, 1848. Ainda que utilizemos essa passagem num contexto e significado distintos dos empregados por Marx.

64 Martins, 2010, p. 61-90; Swensson Jr, 2007, p. 87-94. Pela insuficiência da justificação das teorias dos fins da pena para o fenômeno da criminalidade estatal, Naucke, 1996, p. 31. Em defesa da teoria de prevenção geral para justificar a punição nesses casos, Roxin, 2003, p. 98.



FONTE: ARQUIVO NACIONAL

do mal pelo mal. Do que tratar-se-ia, então? O argumento corrente consiste em dizer que é preciso punir, para que a impunidade não sirva de estímulo ou de exemplo à instauração de uma nova ditadura no Brasil e à repetição das atrocidades cometidas no passado. Será? O que prova a plausibilidade dessa afirmação? Decidir pela não aplicação de pena não significa que a experiência do passado deva ou tenda necessariamente a se repetir em razão dessa decisão, muito menos pactuar ou consentir com a violência praticada⁶⁵. A democracia no Brasil é um *processo* inacabado, *perene*, cujo aprofundamento e fortalecimento dependem da luta dos segmentos sociais interessados, os quais constituem a grande maioria do povo brasileiro. A

65 Conforme enfatiza o voto do ministro relator Eros Grau na ADPF/153, que experienciou ele mesmo as sevícias dos porões da ditadura: “a decisão pela improcedência da presente ação não exclui o repúdio a todas as modalidades de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais ou delinquentes” <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>>



repetição das lamentáveis experiências do passado ditatorial, que permanecem sim como uma potencialidade⁶⁶, depende muito mais de reformas na estrutura do Estado, de campanhas de esclarecimento da opinião pública sobre o passado (por meio de monumentos, exposições, centros de “memória” e pesquisa, reorganização e abertura de arquivos, datas comemorativas, debates abertos, publicações etc.), do que da opção política do Estado em não penalizar agentes estatais encarregados da repressão política da ditadura. Insistir nessa profecia (para criticar, por exemplo, a decisão do STF na ADPF/153) é superestimar a capacidade da pena como garantidor da democracia e da paz social e subestimar todas as outras medidas. Por que, por exemplo, não temos ditadura na Argentina nos últimos vinte anos? Por que alguém tem medo da punição? Ou por que mudaram as condições? E se ficássemos no pacto inicial de não punição na Argentina, haveria maior risco de ditadura? Sem poder aqui dar continuidade a esse debate, o fato é que quase não se discute porque é justo ou injusto punir os agentes da ditadura. Os autores tratam a justiça da punição como uma verdade evidente, absoluta, incontestável. Mas, se indagados, encontram grande dificuldade em oferecer uma resposta satisfatória. “*O homem do campo não esperava encontrar tais dificuldades, a Lei deveria ser sempre acessível para todos...*” Se existem respostas, elas são no mínimo discutíveis.

C) O ESTAR DIANTE DA LEI: O PARADOXO DA JUSTIÇA

Contudo, não é porque a justiça é uma aporia que ela seja uma quimera. A justiça não é uma fantasia ou um produto da imaginação, sem qualquer possibilidade de realizar-se ou de produzir graves implicações de ordem prática. Se, por um lado, não é possível afirmar o que é a justiça, por outro lado, é possível dizer o que não é justo. Não há como não admitir a possibilidade de se realizar avaliações e manifestações sobre a *injustiça* de certas situações, comportamentos etc; em negar que a justiça funciona sim como importante critério negativo de avaliação. Mais do que isso, não há como ignorar a relevância da justiça enquanto motivação e direcionamento de uma série de ações humanas, especialmente aquelas voltadas ao exercício do direito. A busca pela justiça, ainda que ela não possa ser alcançada, é a força motriz para a incessante (re)criação e transformação do direito. Sua força, seu movimento, sua motivação. E é justamente nisso que está todo o seu valor.

Eis o paradoxo da justiça: ao mesmo tempo em que chama, atrai, ela não permite a sua entrada. É o acesso do inacessível. É a desconstrução do “indesconstrutível”. Torna-se, pois, possível como experiência do impossível. O que significa ao mesmo tempo negar, por um lado, a existência de conteúdo e de critério do justo possíveis de ser conhecidos pelos homens por meio da razão, da intuição ou da revelação, como sustentavam os jusnaturalistas e sustentam ainda hoje certos adeptos do moralismo jurídico e da doutrina da justiça transicional; por outro, negar também a

⁶⁶ “Faz parte da própria natureza das coisas humanas que cada ato cometido e registrado pela história da humanidade fique com a humanidade como uma potencialidade, muito depois da sua efetividade ter se tornado coisa do passado.” Arendt, 2003, p. 295, 296.

ideia de que, por não ser possível conhecer o conteúdo e o critério do justo, esse conceito não exista ou não tenha sua importância, como sustentam alguns juspositivistas céticos como Kelsen. O *direito*, na sua intrínseca e difícil relação semântica entre os significados de *jus* (enquanto aquilo que é consagrado pela moral como sendo justo) e *rectum* (enquanto um exame da retidão da balança)⁶⁷, pode ser explicado a partir desse paradoxo, como *a experiência da aporia justiça*. É a exigência do *jus* que faz a experiência do *directum*. Uma experiência que existe justamente para alcançar a justiça, numa busca constante e eterna, por ser mesmo a justiça inalcançável.

De certa forma, o conto “*Vor dem Gesetz*”, apresentado na epígrafe, pode ser visto como um relato sobre esse paradoxo da (in)acessibilidade da lei. O conflito principal encontra-se no fato do homem do campo passar uma vida toda tentando “entrar na lei” e, todavia, nunca conseguir. Na apelação sempre insatisfeita, mas nunca desistida. Ele não entra na lei e mesmo assim insiste até o fim dos seus dias nessa sua empreitada. Ele não consegue acesso à lei, mas fica sabendo que a mais ninguém seria admitida a entrada, senão a ele. É justamente nesse fazer e não fazer (ou no não fazer e fazer) do homem, nesse estar e não estar diante da lei, nesse antagonismo indissociável e necessário do conto kafkaniano, que se encontra o mistério do enigma e quiçá toda a essência problemática do significado da justiça e do próprio direito.

Assim como o homem do campo não pôde entrar na lei para descobrir e dizer o que é a justiça, nós também não podemos dizer o que é “a” justiça de transição justa, mas tão somente discorrer sobre possibilidades de justiça de transição *mais ou menos justas*, decorrentes das nossas opções políticas pessoais. Enfrentar a problemática da justiça da justiça de transição não significa adentrar em disputas metafísicas e identificar uma dada entidade ideal denominada “justiça de transição justa”, mas defender, no campo da filosofia prática, qual o melhor modelo (estratégia, finalidade, mecanismo etc.) de justiça de transição a ser aplicado ao caso concreto, dentre as várias opções disponíveis. Essa problemática refere-se, portanto, à questão normativa “o que *deve ser* uma justiça de transição justa” (*sollen*) e não à questão cognitiva “o que é a justiça de transição justa” (*sein*). Sua justiça deriva não de uma verdade alcançada, revelada e, por isso, imposta pela autoridade que supostamente recebe essa revelação. Ela provém de uma verdade construída por meio da argumentação, justamente na busca dessa revelação, em que não existem respostas verdadeiras e falsas, certas e erradas, muito menos certezas. O que existe são propostas, opções, juízos mais ou menos defensáveis, com maior ou menor reconhecimento fático (*faktisch Anerkennung*), decorrentes, entre outras coisas, da qualidade da sua fundamentação⁶⁸.

67 Até o século IV d.C, utilizava-se quase sempre na Europa o termo *jus* para se referir ao fenômeno jurídico. *Directum* era encontrada somente nos textos não jurídicos, destinados ao povo. Com o correr do tempo, a expressão *directum* foi se sobrepondo ao *jus*, até passar a ser adotada, a partir do séc. IX, por quase todas as pessoas. Apesar de *directum* ser hoje a raiz etimológica empregada para indicar o fenômeno jurídico no português e em outras línguas indo-europeias (direito, *droit*, *derecho*, *diritto*, *Recht* etc), a palavra direito guardou consigo tanto o sentido de *jus*, enquanto aquilo que é consagrado pela moral como sendo justo, como o de *directum*, enquanto um exame da retidão da balança. Cf. Ferraz Jr, 2003. p. 31 e ss; Pintore, 1999, p. 236-238.

68 Horn, 2007, p. 130 e ss, Neumann, 2008, p. 75 e ss, Neumann, 2010.

VI. SOBRE A DESCONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA E A JUSTIÇA DA DESCONSTRUÇÃO

Desde a década de 90, uma longa série de estudos apresenta e analisa as soluções adotadas em vários países e momentos históricos a respeito da sua mudança de regime político⁶⁹. Ao contrário do que acreditam muitos apologistas que estudam o tema, se é possível retirar

Se em certas situações a justiça precisa ser clamada em defesa dos homens contra um direito estatal punitivo, opressor (vide os Atos Institucionais e as Leis de Segurança Nacional da ditadura), em outras, o direito precisa ser defendido diante da suposta “justiça” da punição

alguma conclusão mais incisiva desses estudos é que cada experiência da justiça de transição é única (em todas as suas peculiaridades históricas, geográficas, sociais, políticas, culturais etc.) e toda generalização sobre as várias experiências é um risco ou, parafraseando Graciliano Ramos⁷⁰, um erro. Quais sejam: o risco de incorrer em juízos e julgamentos em total desacordo com a realidade observada; o erro de colocar as posições políticas e ideológicas de um grupo interessado como dotadas de consenso e inquestionável legitimidade. “*Every transition is different and requires taking into account the specific circumstances of its context*”⁷¹. Não há e nunca houve uma fórmula pronta e acabada para resolver o problema da justiça de transição de todos os tempos e lugares.

O que resta de comum nas várias experiências é o movimento pela *reavaliação* ou, em referência aos desconstrutivismo de Derrida, pela *desconstrução* do passado, no sentido de romper-se com ele⁷². Aquilo que antes era tido como lícito, politicamente necessário, digno

69 Kritz (Org.), 1995; Eser, Sieber e Arnold (Org.), 2000-2007, entre outros.

70 Infância (1945), 1981, p. 9: “A primeira coisa que guardei na memória foi um vaso de louça vidrada, cheio de pitombas, escondido atrás de uma porta. Ignoro onde o vi, quando o vi, e se uma parte do caso remoto não desaguasse noutra posterior, julgá-lo-ia um sonho. Talvez nem me recorde bem do vaso; é possível que a imagem, brilhante e esguia, permaneça por eu a ter comunicado a pessoas que a confirmaram. Assim, não conservo a lembrança de uma alfaia esquisita, mas a reprodução dela, corroborada por indivíduos que lhe fixaram o conteúdo e a forma. De qualquer modo a aparição deve ter sido real. Inculcaram-me nesse tempo a noção de pitombas – e as pitombas me serviram para designar todos os objetos esféricos. Depois me explicaram que a generalização era um erro, e isso me perturbou”.

71 Ambos, 2008, p. 26. Ambos cita na nota 46 vários outros autores que corroboram com essa afirmação.

72 O desconstruir é empregado aqui como método de análise que visa explicar, criticar, descobrir e desmistificar o significado de conceitos e palavras, e não como meio de repúdio ou “destruição” de tais conceitos. Pretende-se, assim, descobrir toda a complexidade do objeto em análise, e não rejeitá-lo ou desconsiderá-lo.

de louvor e condecoração, passa a ser considerado socialmente reprovável, contrário aos direitos humanos, criminoso e vice-versa⁷³.

Mas há de ser justo com a justiça de transição. É preciso ter seriedade e ser responsável com a desconstrução. E a primeira justiça que deve ser feita é a justiça de *escutar* (como fazem a deusas *Diké* e *Justitia* com seus olhos vendados), de preocupar-se em entender a razão do outro, em dissecar-lhe o vocábulo, em transitar por mundos e submundos culturais diferentes do seu, em decodificar mitos, místicas e rituais, em desautorizar visões unívocas do comportamento humano em realidades sociais marcadas pelo jogo da diferença e da identidade, em compreender as singularidades aos quais a justiça se destina⁷⁴. Mais do que decidir para onde nossos argumentos nos levarão, para que lado da história queremos ir, a justiça exige que “desconstruamos” a nós mesmos: nossas teorias, ideologias, opções políticas, visões de mundo, fantasmas, conceitos e preconceitos. Ainda que a neutralidade e a imparcialidade (que, segundo Habermas, constituem o núcleo da razão prática e um dos mais importantes critérios de “correção” ou “retidão” (*Richtigkeit*) das decisões jurídicas)⁷⁵ sejam sempre impossíveis e passíveis de desconstrução, tal como a justiça e por causa da justiça, elas devem ser constantemente buscadas. A justiça não está presa ou se prende a qualquer certeza, valor, padrão ou preferência. “*Por que haveria de querer, então, algo de ti? A justiça nada quer de ti. Acolhe-te quando vens e te deixa ir quando partes*”⁷⁶. Pelo contrário, a justiça (e a justiça da justiça de transição) é a força incontrolável que desconstrói a tudo e a todos, enquanto contínuo e “sem respiro” questionamento de aparatos conceituais, teóricos e normativos, na sua perpétua tarefa de alcançar o inalcançável.

No caso da penalização dos agentes da ditadura brasileira, por exemplo, a justiça não admite, por um lado, que as torturas e homicídios causados pela repressão política quedem-se impunes, simplesmente porque o Estado autoritário se concedia o direito de torturar e matar ou porque possuía a prerrogativa legal de anistiar os autores de tais atos (autoanistia)⁷⁷. A justiça não se submete a razões formais de legalidade, muito menos a um legalismo incondicional e acrítico. Ela não permite, conforme Ventura, que as estruturas formais sejam mais importantes que as “estruturas mentais”⁷⁸. Por outro lado, a justiça não autoriza penalizar *contra legem* seres humanos sem apresentar boas razões que justifiquem essa penalização. O princípio da legalidade foi e continua sendo uma das principais conquistas para a defesa da liberdade dos cidadãos contra

73 Dimoulis, 2010, p. 94.

74 Derrida, 2002, p. 46.

75 Habermas (1986), 1998, p. 563; Neumann, 2008, p. 82.

76 Kafka (1925), 2001, p. 247.

77 Neumann, 2010 (Posfácio), p. 152, 153.

78 Ventura, p. 33 <<http://educarparaomundo.files.wordpress.com/2010/11/ventura-oxford-07-11-2010.pdf>>.

penalizações arbitrárias. Flexibilizar tal princípio para promover direitos e garantias, aplicando, por exemplo, convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos em Estados onde ainda não foram assinados ou ratificados, pode ser defensável. Mas flexibilizar o princípio da legalidade para penalizar pode ser admitido apenas em situações drasticamente excepcionais, após uma aberta e imparcial análise do caso concreto em todas as suas singularidades, justificativas, dificuldades e consequências⁷⁹. Tudo isso de maneira a não permitir o arbítrio daqueles que, na prática, detêm o poder de dizer o que é justo e o que é injusto e, dessa forma, autorizar uma possível manipulação ou instrumentalização do Direito e da Justiça para atender interesses políticos e pessoais, revestidos de morais.

Penalizações atribuídas logo após a mudança de regime político costumam ocorrer como uma forma de, por um lado, sinalizar institucionalmente a diferença e a ruptura entre os dois regimes a fim de garantir a estabilidade do novo e, por outro, satisfazer a vingança das vítimas, a exemplo do que aconteceu em Nuremberg após a segunda guerra mundial. Além dessa função geral preventiva imediata, simbólica e da função retributiva ou “vingativa” da pena logo após a transição política, é muito difícil argumentar pela sua necessidade e/ou justiça, especialmente para casos de justiça de transição postergada, como é o brasileiro. Toda pena é um mal. Ainda que em certas situações considerem-na necessária ou porventura justificada, continua sendo um mal, de modo que não seja possível deixar de pensar sobre a realidade das criminalizações e das execuções penais e seus resultados sociais. Se fosse inclusive concebível a existência de uma “evolução” ou de um “progresso” contínuo da história do Direito, o que não é de veras possível⁸⁰, ela poderia ser descrita como a limitação das sevícias e dos suplícios aplicados pela pena contra os seres humanos, a exemplo da luta pelo fim das torturas judiciais praticadas na Europa medieval⁸¹. Punir “a qualquer custo”⁸² os agentes da repressão da ditadura brasileira (ou, melhor dizendo, com o custo de se violar o princípio da legalidade, minando assim uma das principais garantias do Estado Democrático de Direito, e sem apresentar e tampouco procurar discutir aberta e imparcialmente as razões que justificariam a punição *contra legem*) pode significar, de certa forma, a repetição daquilo que fizeram os próprios militares e seus colaboradores durante o regime de exceção: a imposição das suas “verdades”, “certezas” e “justiças”, sem diálogo e por meio da censura; a “demonização” de seus inimigos; o obsessivo desejo punitivo; o reiterado desrespeito à legalidade; a justificação de seus atos por meio do emprego de argumentos morais (de combate à subversão e à corrupção, derivados de uma consolidada cultura política de direita

79 Nesse sentido, Batista, 2010, p. 14, 15.

80 Cf. Lafer, 1991, pp. 33, 34; Bobbio, 1992, p. 50.

81 Sobre a história da tortura judicial entre os séculos XVI e XVIII em Catalunha e Castela, cf. Sabadell, 2006.

82 Importante destacar que nem todo mundo que defende a responsabilidade penal pretende punir a qualquer custo. No âmbito jurídico, essa defesa ocorre (ou deve acontecer) por meio de uma argumentação jurídico-dogmática, na qual são discutidas interpretações, posições doutrinárias, jurisprudência etc. De todo modo, este texto não analisa esse tipo de argumentação, tratada em anterior publicação (Swensson Jr, 2010a).

e anticomunista). Para ser justa, a justiça de transição precisa romper, afinal, com os ranços autoritários que permanecem inevitavelmente impregnados em nós mesmos⁸³. Se em certas situações a justiça precisa ser clamada em defesa dos homens contra um direito estatal punitivo, opressor (vide os Atos Institucionais e as Leis de Segurança Nacional da ditadura), em outras, o direito precisa ser defendido diante da suposta “justiça” da punição.

Voltando ao conto de Kafka, a proibição presente na lei e declarada pelo porteiro, apesar de proibição, não é uma impossibilidade, mas uma *diferença*⁸⁴. É possível atravessar a lei, desobedecer às suas prescrições. O portão encontra-se, como sempre, aberto, e o porteiro se afasta inclusive para o lado, permitindo a sua passagem. “*Se te atraí assim tanto, experimenta então entrar, apesar da minha proibição*”. O portão e seu guardião marcam o limite da lei, mas não constituem em si um obstáculo ao seu acesso. Pragmática e politicamente falando, é sempre possível agir contra a lei para fazer justiça. Era sim possível o STF ter julgado pela procedência do pedido da ADPF/153, decretando a invalidade da anistia, autorizando a persecução penal a torturadores e satisfazendo assim as demandas das vítimas, como fez a Suprema Corte argentina. Tudo é possível. Resta saber se convém⁸⁵. De todo modo, entrar na lei não significa alcançar a justiça, acessá-la, penetrá-la, conhecê-la, por ser ela mesma aporia. Entrar na lei consiste em tão somente acercar-se de outra lei, de outro direito, defrontar-se com novos obstáculos, sempre questionáveis, sempre desconstruíveis. *De sala para sala há, porém, outros porteiros, cada um deles mais forte do que o outro*”.

6. Disso decorre a profunda desconfiança ou a “má consciência” (*das schlechte Gewissen*) que se deve ter sobre a justiça e, por conseguinte, sobre a justiça da justiça de transição⁸⁶. “*Ao julgar a justiça, te enganas*”, alerta o sacerdote. Não se deve perder de vista, além da necessidade e da importância da justiça, a sua questionabilidade. Deixar de reconhecer, quando diante de um dilema, os prejuízos decorrentes de cada decisão a ser tomada⁸⁷. Deixar-se iludir pela falsa esperança de que um dia alcançar-se-á a justiça, mas nem por isso desistir de buscá-la. A justiça de transição (assim como a lei, o Direito e toda desconstrução pulsionada pela justiça) é sempre e essencialmente desconstrutível, seja pelo fato de estar fundada e construída sobre capas

83 Além disso, persistir na penalização pode acabar desviando a atenção para questões porventura mais importantes, como o rompimento do legado ditatorial e seu “entulho autoritário”, a reconstrução e preservação de episódios da história nacional omitidos ou esquecidos, as reparações financeiras e morais etc.

84 Cf. Derrida, 1984, p. 117.

85 Conforme as admoestações de São Paulo: “Todas as coisas são lícitas, mas nem todas convêm; todas são lícitas, mas nem todas edificam.” *1 Coríntios* 10:23. Tb *1 Coríntios*, 6:12.

86 E também sobre o Direito. “Ein guter Jurist würde aufhören, ein guter Jurist zu sein, wenn ihm in jedem Augenblick seines Berufslebens zugleich mit der Notwendigkeit nicht auch die tiefe Fragwürdigkeit seines Berufes voll bewusst wäre.” Radbruch, 1973, p. 204. Nesse sentido, Kaufmann, 2004, p. 14; Dimoulis, 2003, p. 293; Swensson Jr, 2010b, p. 336.

87 Cf. Hart (1958. p. 619, 620): “Surely if we have learned anything from the history of morals it is that the thing to do with a moral quandary is not to hide it. Like nettles, the occasions when life forces us to choose between the lesser of two evils must be grasped with the consciousness that they are what they are”

textuais interpretáveis e transformáveis, seja porque seu fundamento último, a justiça, por definição, não está fundada⁸⁸. Desconstruir é preciso. Que o homem do campo do conto de Kafka persista até o fim da sua vida diante da lei sem nunca adentrá-la, que a justiça (da justiça de transição) nunca seja alcançável, que a justiça de transição seja sempre desconstrutível não é por si uma desgraça. Podemos ver inclusive aí a oportunidade política de todo um progresso histórico, apesar do inevitável risco dos fracassos. É na incansável insistência de se buscar a justiça que reside toda a esperança e possibilidade de transformar-se o mundo, de desfazer-se injustiças, ainda que muitas vezes haja retrocessos e desilusões nesse processo. Poderíamos dizer, afinal, que é em nossa incessante procura pela justiça que se manifesta a própria justiça⁸⁹. Apesar de não nos ser possível conhecer e experimentar a justiça, como disse Blaise Pascal: “*Consola-te, tu não me procurarias se já não me tivesses encontrado*”⁹⁰.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Mauerschützen**: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1993.

AMBOS, Kai. The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC. In: AMBOS, Kai; LARGE, Judith; WIERDA, Marieke (Org.) **Building a future on peace and justice**: studies on transitional justice, peace and development. Berlin, Heidelberg: Springer, 2008.

ARENT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

ARISTOTELES. **Nikomachische Ethik** (org. por Paul Gohlke), 2ª ed. Paderborn: Schöningh 1966.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: nunca mais**. Um relato para a história (1985). 33ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

BATISTA, Nilo. Prefácio. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON Jr, Lauro Joppert (Org.). **Justiça de transição no Brasil**: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010.

88 Derrida, 2002, p. 35.

89 “La justicia em sí misma, si algo así existe fuera o más allá del derecho, no es desconstruible. Como no lo es la desconstrucción, si algo así existe. *La desconstrucción es la justicia.*” Derrida, 2002, p. 35.

90 “*Console-toi, tu ne me chercherais pas si tu ne m’avais trouvé.*” Pascal, *Pensées* (1670), 553.

BICKFORD, Louis. Transitional Justice. In: HORVITZ, Leslie Alan; CATHERWOOD, Christopher. **Macmillan encyclopedia of genocide and crimes against humanity**. Vol. 3. Nova York: Facts on file, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley**. El "fundamento místico de la autoridad". Madrid: Tecnos, 2002.

DERRIDA, Jacques. Kafka: Ante la Ley. In: Idem, **La filosofía como institución**. Barcelona: Granica, 1984.

DREIER, Ralf. Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes. In: HAFT, Fritjof; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid et al. (Org.). **Strafgerechtigkeit**. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 1993.

DIMOULIS, Dimitri. **Die Begnadigung in vergleichender Perspektive**. Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

DIMOULIS, Dimitri. Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do Direito Constitucional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 769, pp. 11-27, nov. 1999.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: RT, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. **O positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil. Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON Jr, Lauro Joppert (Org.). **Justiça de transição no Brasil**: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; SABADELL, Ana Lucia. Tribunal penal internacional e direitos fundamentais: problemas de constitucionalidade. **Cadernos de Direito**. Piracicaba: Unimep, v. 3, n. 5, jul./dez. 2003.

DIMOULIS, Dimitri; SABADELL, Ana Lucia. **Anistia: a política além da justiça e da verdade.** s/d [Texto ainda não publicado].

ELSTER, Jon. **Closing the books.** Transitional justice in historical perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

ESER, Albin; SIEBER, Ulrich; ARNOLD, Jörg (Org). **Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht.** Berlin: Duncker und Humblot, 2000-2007, 11 vol.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de Direito: técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 2003.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002a.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002b.

GASPARI, Elio. O bolsa ditadura tornou-se uma indústria. **O Globo.** 28 jun. 2009.

GENRO, Tarso; PIRES Jr, Paulo Abrão. Apresentação. In: Ministério da Justiça. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição.** Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

GORENDER, Jacob. Prefácio. In: FICO, Carlos. **Como eles agiam.** Os subterrâneos da ditadura militar: espionagem e polícia política. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Recht und Moral (Tanner Lectures 1986). In: Idem, **Faktizität und Geltung.** Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HART, Herbert L. A. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review.** Cambridge, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958.

HASSEMER, Winfried. Einführung. In: RADBRUCH, Gustav. **Gezetliches Unrecht und übergesetzliches Recht** (1946). Nomos: Baden-Baden, 2002.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos.** O breve século XX: 1914-1991. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HORN, Norbert. **Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie**, 4ª ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2007.

JESSE, Eckhard. „Entnazifizierung“ und „Entstasifizierung“ als politisches Problem. Die doppelte Vergangenheitsbewältigung. In: Isensee, Josef (Org.). **Vergangenheitsbewältigung durch Recht**: Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem. Berlin: Duncker und Humblot, 1992.

KAFKA, Franz. **O Processo** (1925). Martin Claret: São Paulo, 2001.

KAUFMANN, Arthur. Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik. In: Idem; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid (org). **Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart**. 7ª ed. Heidelberg: Müller, 2004.

KRITZ, Neil (Org.). **Transitional justice**. How emerging democracies reckon with former regimes. Washington: United States Institute for Peace Press, 1995. 3 vol.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

MARTINS, Antonio. Sobre direito, punição e verdade. Reflexões acerca dos limites da argumentação jurídica. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON Jr, Lauro Joppert (Org.). **Justiça de transição no Brasil**: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**. A anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro. 2003. Dissertação (mestrado em ciência política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo.

NAUCKE, Wolfgang. **Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität**. Frankfurt am Main: Klostermann, 1996.

NEUMANN, Ulfrid. Wahrheit statt Autorität. Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht (2005). In: Idem. **Recht als Struktur und Argumentation**, Baden-Baden: Nomos, 2008.

NEUMANN, Ulfrid. Positivismo, realismo e moralismo jurídicos no debate sobre a contribuição do Direito Penal para a transição de sistemas políticos. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON Jr, Lauro Joppert (Org.). **Justiça de transição no Brasil**: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTORE, Ana. Definição em Direito. In: ARNAUD, André-Jean (Org.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIRES Jr, Paulo Abrão; BELLATO, Sueli Aparecida; TORELLY, Marcelo D.; ALVARENGA, Roberta Vieira. Justiça de Transição: o papel da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. In: Ministério da Justiça. **Revista anistia política e justiça de transição**. Vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Rechtsphilosophie**. 8ª ed. Stuttgart: K. F. Koehler, 1973.

RAMOS, Graciliano. **Infância** (1945). 15ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1981.

RAMOS, Graciliano. **Memórias do cárcere** (1953). 44ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

ROLLEMBERG, Denise. "Memórias no exílio, memórias do exílio". In FERREIRA, Jorge; AARÃO REIS, Daniel. (Org.). **As Esquerdas no Brasil**. Revolução e democracia (1964...). Vol. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte geral, Tomo I**. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 2003.

SABADELL, Ana Lucia et al. **Brasilien**. Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta Júris Permissione**. Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI-XVIII). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SALIGER, Frank. **Radbruchsche Formel und Rechtsstaat**. Heidelberg: Müller, 1995.

SECRETARIA Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória**: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo a Tancredo, 1964-1985**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

SÓFOCLES. **Édipo rei – Antígona**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SWENSSON Jr, Lauro Joppert. **Anistia Penal**. Problemas de validade da lei de anistia brasileira (Lei 6.683/79). Curitiba: Juruá, 2007.

SWENSSON Jr, Lauro Joppert. (Re)pensar o passado – Breves reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p.125-143, jul./set. 2008.

SWENSSON Jr, Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON Jr, Lauro Joppert (Org.). **Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade**. São Paulo: Saraiva, 2010a.

SWENSSON Jr, Lauro Joppert. Positivismo, realismo e moralismo jurídicos no debate sobre a responsabilização penal para os crimes da ditadura militar. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, v. 2, p. 322-342, 2010b.

TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura. Justiça Reparadora no Brasil. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TEITEL, Ruti. **Transitional justice**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TEITEL, Ruti. Transitional Justice Genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, vol. 16, p. 69-9, 2003.

VEGNERS, Erika Camargo. **A problemática da violência doméstica contra a mulher: o caso da cidade de Santa Bárbara do Oeste**. 2005. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Unimep, Piracicaba.

VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. Texto apresentado no seminário: Amnesty in the Age of Accountability: Brazil in comparative and international perspective. University of Oxford, 22-23 October 2010. <<http://educarparaomundo.files.wordpress.com/2010/11/ventura-oxford-07-11-2010.pdf>>

VESTING, Thomas. **Rechtstheorie**. München: C. H. Beck, 2007.

VILLEY, Michel; ARNAUD, André-Jean; PETZOLD PERNIA, Hermann. Justiça. In: ARNAUD, André-Jean (Org.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WIETHÖLTER, Rudolf. **Rechtswissenschaft** (1968). Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1986.

ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. **Revista anistia política e justiça de transição**. Vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

“AO JULGAR A JUSTIÇA, TE ENGANAS” APONTAMENTOS SOBRE A JUSTIÇA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

Resumo: O presente ensaio trata da postergada discussão instaurada no Brasil acerca da superação do passado ditatorial, analisando e problematizando a ideia de “justiça de transição” trazida a este debate, especialmente a questão da justiça.





CULPADO: O JULGAMENTO DO EX-PRESIDENTE PERUANO ALBERTO FUJIMORI POR VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS*

Jo-Marie Burt

Doutora em Ciência Política pela Universidade de Columbia (EUA) e professora da Universidade George Mason (EUA)

INTRODUÇÃO

Em 7 de abril de 2009, o Tribunal Criminal Especial da Suprema Corte do Peru considerou o ex-presidente Alberto Fujimori (1990–2000) culpado por graves violações dos direitos humanos e o sentenciou a 25 anos de prisão – pena máxima permitida pela lei peruana. No final desse mesmo ano, outro tribunal de cinco juízes da Suprema Corte acolheu a condenação de Fujimori em todos os aspectos. O julgamento de Fujimori é de fato histórico: marca a primeira vez que um chefe de Estado democraticamente eleito é extraditado de seu próprio país, julgado por violações dos direitos humanos e condenado. Igualmente histórico é o fato de que dezenas de julgamentos de direitos humanos estão atualmente em andamento no Peru, assim como em outros lugares da América Latina¹.

O julgamento de Fujimori é mais notável ainda visto que as condenações internas de chefes de Estado por crimes contra os direitos humanos são extremamente raras em qualquer país.

* O texto foi originalmente publicado em: *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, 2009, 384 – 405. A autora gostaria de agradecer o apoio do Programa Latino-Americano do *Open Society Institute* ao realizar a pesquisa utilizada na elaboração deste artigo. O processo de pesquisa para este documento foi realizado durante muitas visitas ao Peru como observadora internacional do julgamento de Fujimori para o *Washington Office on Latin America* (WOLA). Agradecimentos especiais a Coletta Youngers, Cynthia McClintock e revisores anônimos do IJTT, pelos comentários na primeira versão deste artigo, e aos colegas peruanos Gloria Cano, Ernesto de la Jara, Ronald Gamarra, Gisela Ortiz, Carlos Rivera, Francisco Soberon e Antonio Salazar, que generosamente compartilharam seus conhecimentos e amizade.

¹ Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling, 'The Impact of Human Rights Trials in Latin America' *Journal of Peace Research* 44(4) (2007): 427–445; Coletta Youngers e Jo-Marie Burt, *Human Rights Tribunals in Latin America* (Washington, DC: Universidade George Mason / WOLA/Instituto de Defesa Legal, 2009).

Julgamentos de outros chefes de Estado, como Charles Taylor ou Slobodan Milosevic, foram realizados principalmente por tribunais constituídos internacionalmente². O Peru, no entanto, mostra que os governos nacionais podem responsabilizar seus ex-líderes e que nem mesmo um chefe de Estado está acima da lei – isso apesar de o Peru, em muitos aspectos, ser um local improvável para um julgamento de alto nível acontecer. Fujimori continua popular em determinados segmentos da população peruana, e o Judiciário historicamente tem pouco respeito por parte dos cidadãos peruanos. Durante o período de conflito interno, o sistema judiciário não investigou com seriedade abusos dos direitos humanos e, muitas vezes, foi cúmplice ao garantir a impunidade para os responsáveis. Figuras-chave no cenário político no momento da extradição e julgamento de Fujimori, incluindo o atual presidente, Alan García e o vice-presidente, almirante da Marinha Luis Giampettri, e figuras-chave da oposição tiveram seus próprios motivos para temer serem colocados no banco dos réus por violações dos direitos humanos. No entanto, em uma impressionante demonstração de profissionalismo, o tribunal encarregado de processar Fujimori garantiu plenamente seus direitos de devido processo enquanto conduzia um inquérito imparcial sobre a responsabilidade do ex-presidente por graves crimes cometidos durante seu mandato. O julgamento de Fujimori demonstra que, com vontade política suficiente, os tribunais nacionais podem processar oficiais públicos de alto escalão que cometem ou ordenam o cometimento de graves violações dos direitos humanos. Embora sem precedentes em muitos aspectos, o julgamento de um ex-chefe de Estado do Peru reflete uma ampla tendência global favorecendo a responsabilização daqueles que realizaram, ordenaram ou de outro modo autorizaram graves violações dos direitos humanos, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Essa mudança global para a responsabilização tem sido amplamente documentada e analisada³. Este artigo coloca o julgamento de Fujimori em seu mais amplo contexto internacional, mas sugere que para compreender totalmente os fatores que contribuíram para o julgamento bem-sucedido de Fujimori é necessário examinar as interações específicas entre instituições internacionais e personagens e autores nacionais no Peru que ampliaram as oportunidades de uma agenda de responsabilidade interna.

O artigo explora essa dinâmica no contexto da transição do Peru para a democracia em 2000. Estudiosos da justiça transicional argumentaram que a transição pelo colapso forneceu o cenário mais provável para processos criminais após a mudança de regime: economia fortalecida e elites militares que poderiam se opor a tais julgamentos foram enfraquecidas e as elites políticas puderam insistir com a estratégia de processos para diferenciar o novo regime de seu antecessor⁴. Enquanto a transição do Peru pelo colapso criou um clima mais propício para processos criminais,

2 Ellen Lutz e Caitlin Reiger, eds., *Prosecuting Heads of State* (New York: Cambridge University Press, 2009).

3 Ruti Teitel, 'Transitional Justice Genealogy,' *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003): 69–94.

4 Carlos Santiago Nino, *Radical Evil on Trial* (New Haven: Yale University Press, 1996).

este artigo argumenta que foi o impacto combinado de pressão nacional e internacional em favor de uma agenda de responsabilidade que abriu a porta para os processos criminais no Peru e a posterior adoção de uma agenda de responsabilidade pelas elites do Estado. O artigo destaca o papel desempenhado pela sociedade civil peruana, principalmente grupos de vítimas e direitos humanos. De modo particular, a capacidade desses grupos de unir esforços locais em favor da verdade, justiça e reparação e firmar alianças internacionais em favor da responsabilidade foi a dinâmica essencial para levar esse processo adiante. De especial importância foi o uso eficaz, pela sociedade civil, do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos para fazer avançar essa agenda: uma vez que a transição do Peru para a democracia estava em curso, a rica jurisprudência do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (Tribunal Interamericano), bem como as recomendações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (IACHR), fundamentalmente formaram as políticas de verdade, justiça e reparação adotadas pelo governo de transição e os principais órgãos judiciais. Essa junção de fatores criou um ambiente de responsabilidade propício no Peru, que é essencial para entender a extradição bem-sucedida e posterior condenação criminal do ex-presidente Alberto Fujimori.

A DÉCADA DE FUJIMORI

Fujimori foi eleito presidente em 1990, em um momento de profunda crise política, econômica e social no Peru. Os dois últimos governos democráticos de Fernando Belaúnde (1980–1985) e Alan García (1985–1990) não conseguiram impedir o avanço do Sendero Luminoso, um grupo insurgente que iniciou sua luta para conquistar o poder do Estado em 1980. O Sendero Luminoso se tornou conhecido por sua utilização generalizada de táticas terroristas, incluindo assaltos a civis desarmados. O Estado peruano, enquanto isso, recorreu ao terror para combater o Sendero Luminoso, resultando em massacres generalizados, desaparecimentos forçados e uso maciço de violência sexual e tortura. O resultado foi a escalada da violência, do medo e da insegurança⁵.

O descontentamento popular com os ‘tradicionais’ partidos políticos alimentou o apoio a Fujimori, um político estranho que prometia “honestidade, tecnologia e trabalho” se fosse eleito presidente. Seus apelos ao populismo econômico o fizeram benquisto entre a população rural e urbana, e assim como sua descendência japonesa, que o fez mais atraente que seu principal rival, o internacionalmente renomado escritor Mario Vargas Llosa, entre as maiorias indígenas e mestiços, que compõe o grosso da população peruana⁶.

5 Jo-Marie Burt, *Political Violence and the Authoritarian State in Peru: Silencing Civil Society* (New York: Palgrave Macmillan, 2007).

6 Carlos Iván Degregori e Romeo Grompone, *Elecciones 1990. Demonios y redentores en el nuevo Perú* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1991).

As inclinações autoritárias de Fujimori, no entanto, logo se tornaram evidentes. Em 5 de abril de 1992, ele anunciou seu autogolpe, ou ‘golpe próprio,’ por meio do qual fechou o Congresso, suspendeu a Constituição e assumiu o Poder Judiciário com o apoio das Forças Armadas e de outras elites poderosas. Com a ajuda do ex-capitão do Exército e eminência parda Vladimiro Montesinos, Fujimori assumiu o controle sobre praticamente todos os órgãos e instituições governamentais, desde as Forças Armadas até o Judiciário⁷. Quando a pressão internacional forçou Fujimori a restabelecer o legislador, ele criou um novo órgão unicameral, que também foi facilmente controlado. Uma nova constituição permitiu que Fujimori tentasse a reeleição, no que foi bem-sucedido em 1995. Apesar do restabelecimento das instituições democráticas, a estrutura subjacente do poder permanecia profundamente autoritária⁸. O regime usou o poder do Estado para minar os movimentos de oposição por meio de sistemas ilegais de vigilância, intimidação e ataques totais. Também estabeleceu controle quase total sobre a imprensa. Foi só após o colapso do regime, com a exibição pública de centenas de vídeos gravados por Montesinos documentando suas transações corruptas, que a enorme rede de corrupção que sustentava o regime – envolvendo poderosas elites econômicas, oficiais militares de alto escalão, magnatas da imprensa e até mesmo líderes de oposição – foi revelada. De acordo com o historiador Alfonso Quiroz, o regime de Fujimori foi, provavelmente, o mais corrupto na história do Peru, com US\$1,5 bilhão a US\$ 4 bilhões perdidos devido à corrupção⁹.

Outros abusos durante o regime de Fujimori incluíram desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais seletivas, maciças detenções arbitrárias e a criação de tribunais militares que violavam os direitos de devido processo dos réus

Muitos peruanos se lembram de Fujimori como o presidente que colocou Abimael Guzmán – principal líder do Sendero Luminoso – atrás das grades. De fato, a reorientação do regime de esforços de contrainsurgência voltado para recolha de informações e vigilância alcançou esse e outros resultados importantes. Entretanto, uma estratégia em paralelo foi colocada em prática, na qual unidades militares clandestinas se envolviam em assassinatos e desaparecimentos forçados. O mais notório deles foi o Grupo

Colina, uma unidade criada em meados de 1991 cujo objetivo principal era eliminar suspeitos de subversão. O Grupo Colina foi responsável por inúmeros assassinatos entre 1991 e 1992, incluindo

7 Gustavo Gorriti, ‘The Betrayal of Peru’s Democracy: Montesinos as Fujimori’s Svengali,’ *Covert Action Quarterly* 49 (1994).

8 Carlos Ivan Degregori, *La década de la antipolítica. Auge y huida de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2001); Burt, supra n 6.

9 Alfonso Quiroz, *Corrupt Circles: A History of Unbound Graft in Peru* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2008).





FONTE: ARQUIVO NACIONAL

o massacre de Barrios Altos, em que diversos homens fortemente armados invadiram um cortiço em Barrios Altos, vizinho de Lima, em novembro de 1991, mataram 15 pessoas, incluindo uma criança de oito anos, e feriram gravemente outras quatro; assim como o desaparecimento e assassinato de nove estudantes e um professor da Universidade Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta”, em julho de 1992¹⁰. Quando os esforços para investigar esses crimes avançaram, o regime foi longe para encobri-los e proteger os autores materiais, incluindo a aprovação de duas leis de anistia em 1995. Outros abusos durante o regime de Fujimori incluíram desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais seletivas, maciças detenções arbitrárias e a criação de tribunais militares que violavam os direitos de devido processo dos réus.

Em 2000, decidido a permanecer no poder, Fujimori concorreu ao que os líderes da oposição chamaram de um ilegal terceiro mandato como presidente. O esforço do regime para garantir a vitória por meio de fraude eleitoral foi marcado por grandes protestos na rua, bem como pela condenação internacional por parte da Organização dos Estados Americanos (OEA) e do governo dos EUA¹¹. No fim, Fujimori resistiu à crítica nacional e internacional e inaugurou um terceiro mandato como presidente em 28 de julho de 2000.

No entanto, uma série de escândalos nos meses seguintes provocaram a queda do governo Fujimori. O primeiro deles revelou que Fujimori e Montesinos estavam envolvidos em um comércio de drogas por armas com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). O segundo envolveu o vazamento público de um vídeo mostrando Montesinos subornando o deputado da oposição Alberto Kouri em troca da mudança deste último para o partido político de Fujimori. O vídeo forneceu prova incontestável das práticas fraudulentas do regime e cortou o centro de sua legitimidade incipiente. Montesinos imediatamente fugiu do país. Muitas semanas depois, Fujimori também decidiu fugir, transmitindo por fax sua renúncia de seu novo refúgio seguro no Japão. A oposição no Congresso, revigorada por essa cadeia de eventos, rejeitou a renúncia de Fujimori e o declarou inapto para atuar como presidente. Eles

¹⁰ Restos mortais de alguns estudantes, apresentando sinais de tortura, foram descobertos um ano depois. Comissão da Verdade e Reconciliação, *Informativo Final* (2003), Lima, vol. V, capítulo 2.19 [doravante denominada ‘CVR’].

¹¹ Catherine Conaghan, *Fujimori’s Peru: Deception in the Public Sphere* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2005).

então nomearam o líder da oposição, o congressista Valentín Paniagua, presidente interino, até que novas eleições pudessem ser realizadas no ano seguinte.

OS DESAFIOS DA JUSTIÇA TRANSICIONAL DO PERU

O novo governo de Paniagua foi marcado por uma série de desafios. As instituições peruanas tinham sofrido o peso de quase uma década de governo autoritário. O sistema eleitoral tinha sido completamente corrompido. O Congresso e o Judiciário tinham sido quase que completamente subordinados aos caprichos de Fujimori e de seus comparsas. As Forças Armadas tinham sido profundamente politizadas e corrompidas por sua subordinação ao projeto autoritário do regime¹². A fuga de Fujimori para o Japão – junto com a crescente evidência de corrupção maciça envolvendo membros do alto escalão de seu governo – imediatamente causou a indignação dos cidadãos em larga escala. Além disso, grupos de vítimas de abusos aos direitos humanos começaram a clamar por uma comissão da verdade que investigasse violação dos direitos humanos, punindo os responsáveis e prestando reparação às vítimas.

O governo de Paniagua buscou superar esses desafios por meio de uma série de medidas elaboradas para restaurar a confiança do cidadão no governo e a crença internacional na nova democracia do Peru. O governo reorganizou as instituições eleitorais do país para garantir eleições livres e justas no ano seguinte. Envidou esforços para retirar corruptos do sistema judiciário e de outras instituições oficiais. Juízes e militares que tinham sido demitidos no regime de Fujimori foram recolocados em seus cargos ou foram indenizados. Investigações no Congresso foram instauradas sobre os crimes da máfia Fujimori–Montesinos e esforços foram envidados para recuperar os fundos roubados do governo. Paniagua criou ainda uma unidade especial do Ministério Público, a *Procuraduría Pública Ad Hoc*, com a tarefa de trabalhar junto com o Ministério Público e o Sistema Judiciário para processar casos de corrupção (porém não de direitos humanos).

No plano internacional, Paniagua iniciou o retorno do Peru à jurisdição contenciosa do Tribunal Interamericano¹³. O governo de Paniagua também reconheceu a responsabilidade do Estado peruano em uma série de violações dos direitos humanos cometidas durante o regime de

12 Fernando Rospigliosi, *Las fuerzas armadas y el 5 de abril. La percepción de la amenaza subversiva como una motivación golpista* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1996).

13 Em 1999, irritado com a jurisprudência do tribunal em casos de direitos humanos, Fujimori retirou o Peru da jurisdição do Tribunal de Justiça.

Fujimori e aceitou soluções amigáveis ou concordou em obedecer às normas do Tribunal em, em média, 150 casos¹⁴. Essa decisão foi saudada pela comunidade dos direitos humanos como o principal passo em busca da restauração da confiança internacional nas instituições democráticas do Peru e como crucial para os esforços de processar criminalmente os autores de abusos de direitos humanos¹⁵.

Nesse meio tempo, começou-se a discutir a criação de uma comissão da verdade. Esta foi a reivindicação principal da *Coordinadora Nacional de Derechos Humanos* (Coordenadoria Nacional de Direitos Humanos), um grupo protetor de 67 organizações de direitos humanos em todo o Peru. Estabelecida em 1985, a Coordenadoria documentou violações dos direitos humanos, prestou defesa legal às vítimas e organizou campanhas nacionais e internacionais para trazer à tona problemas-chave como desaparecimentos forçados e detenções arbitrárias¹⁶. Quanto à falha do sistema judiciário peruano em investigar e processar violações dos direitos humanos, a Coordenadoria e suas organizações começaram denunciando os casos ao Tribunal Interamericano, que mais tarde assumiu muitos desses casos. A Coordenadoria também desempenhou um papel decisivo nos esforços para restaurar a democracia no Peru no final dos anos 1990, denunciando a natureza inconstitucional da oferta de Fujimori para um terceiro mandato, bem como casos concretos de fraude. A longa história da Coordenadoria em advogar pelos direitos humanos e pela democracia deu credibilidade às suas exigências para uma comissão da verdade, uma vez que a transição estava a caminho¹⁷. Em dezembro de 2000, o governo de Paniagua formou um grupo de trabalho dos oficiais do governo e representantes da sociedade civil para desenvolver uma proposta para o estabelecimento de tal comissão. O grupo de trabalho incluía os ministros da Defesa, Interior e Assuntos da Mulher e foi presidido pelo ministro da Justiça, Diego García-Sayan. Tanto García-Sayan quanto a ministra dos Assuntos da Mulher, Susana Villarán, vieram da comunidade dos direitos humanos – García-Sayan foi o diretor fundador da Comissão Andina de Juristas e desempenhou um papel importante na Comissão da Verdade salvadorenha, enquanto que Villarán foi secretária executiva da Coordenadoria no final dos anos 1990 – e foram amplamente favoráveis a uma comissão da verdade. Outros participantes no grupo de trabalho incluíam a *Defensoria do Povo* (Ombudsman), as igrejas católica e evangélicas e a Coordenadoria.

A Coordenadoria se tornou uma defensora para um modelo integral de justiça transicional. Pouco depois do grupo de trabalho estar estabelecido, Sofía Macher, secretária executiva da

14 Susana Villarán, 'Peru,' em *Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America* (Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2007).

15 Em 2001, o governo peruano se juntou ao Tribunal Criminal Internacional.

16 No final dos anos 1980, o Peru teve a dúbia distinção de ter o maior número de desaparecidos forçados em todo o mundo.

17 Coletta Youngers, *Violencia política y sociedad civil en el Perú: la historia de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2003).

Coordenadoria, convocou uma comissão da verdade com base em três objetivos principais – verdade, justiça e reparações – e exigiu a anulação das leis de autoanistia de 1995, de modo a facilitar investigações criminais dos principais casos de direitos humanos¹⁸. Organizações internacionais de direitos humanos, tais como a Anistia Internacional, Human Rights Watch e o recém-estabelecido Centro Internacional para Justiça Transicional (ICTJ), também envidaram esforços para estabelecer uma comissão da verdade no Peru.

Conforme esses debates se desdobravam, em março de 2001, o Tribunal Interamericano proferiu uma decisão que mudou os termos da discussão. O Tribunal decidiu que o Estado peruano era responsável pelo massacre de Barrios Altos, em 1991, e ordenou que o estado investigasse, processasse e punisse os responsáveis¹⁹. Também ordenou que reparações fossem pagas às vítimas. Mais importante, e em resposta a uma solicitação específica dos advogados da Coordenadoria, o Tribunal determinou que as leis de autoanistia de 1995, que efetivamente bloquearam os processos criminais por violações dos direitos humanos, violaram a Convenção Americana de Direitos Humanos e, portanto careciam, de efeitos jurídicos. O Tribunal previamente determinou que as leis de anistia violaram a Convenção Americana, mas essa foi a primeira vez que determinou especificamente que as leis de autoanistia, quando tencionavam garantir impunidade para casos de graves violações dos direitos humanos, violam o direito das vítimas à verdade e à justiça e assim carecem de efeitos legais²⁰.

A determinação efetivamente abriu a porta para promotores e juízes insistirem em casos de direitos humanos no tribunal. Duas semanas após a determinação, um juiz peruano ordenou a prisão de dois generais do Exército e de 11 membros do esquadrão da morte do Grupo Colina envolvidos no massacre de Barrios Altos²¹. Outras prisões se seguiram. Poucos dias depois, o presidente do Supremo Tribunal determinou que a ordem do Tribunal Interamericano fosse efetivado pelos tribunais peruanos²², formalmente abrindo caminho para a reabertura do caso criminal de Barrios Altos e de outros crimes do Grupo Colina²³. A Procuradoria, enquanto isso, voltou sua atenção, antes exclusivamente dedicada a casos de corrupção, para esse e outros casos de direitos humanos, e advogados de direitos humanos, como Ronald Gamarra, foram

18 APRODEH, *Resúmenes de prensa sobre Comisión de la Verdad* (setembro de 2003).

19 *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre et al. v. Peru)* Inter-Am. Ct. D.H. Julgamento de 14 de março de 2001 (ser. C) N.º. 83, par. 1. O Tribunal determinou depois que essa decisão tem efeitos gerais e é válida para toda a região; *Caso Barrios Altos*, Julgamento de 3 de setembro de 2001 (ser. C) N.º. 83, par. 18.

20 Douglass Cassel, 'The Inter-American Court of Human Rights,' em *Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America* (Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2007).

21 *Resumo Semanal 23*, n.º. 1115 (21–27 de março de 2001).

22 *Resumo Semanal 23*, n.º. 1116 (28 de março –3 de abril de 2001).

23 O julgamento de Barrios Altos teve início em 2005. Os promotores agruparam três outros crimes do Grupo Colina, incluindo o massacre de Cantuta. Mais tarde, o caso Cantuta foi separado em um julgamento diferente, que se encerrou em abril de 2008 com a condenação de diversos membros do Grupo Colina. A decisão sobre o caso Barrios Altos é esperada para o final de 2009.

trazidos para trabalhar especificamente nesses casos²⁴. A ameaça de sanção criminal levou alguns membros do Grupo Colina a apresentarem provas em troca de sentenças reduzidas, fornecendo novas evidências convincentes do envolvimento direto de Fujimori, Montesinos e do ex-chefe do Exército, General Nicolás Hermoza Ríos, na criação e operação do esquadrão da morte do Grupo Colina²⁵.

Outros casos foram trazidos a julgamento embalados pela determinação de Barrios Altos. Por exemplo, em setembro de 2001, os processos criminais começaram com o caso de Ernesto Castillo Páez, um estudante universitário que desapareceu de maneira forçada em outubro de 1991. O Tribunal Interamericano determinou que o Estado peruano era responsável e ordenou, em 1997, o processo criminal dos responsáveis, mas as leis de anistia tornavam isso impossível. Em 2006, quatro policiais foram condenados e sentenciados a entre 15 e 16 anos de prisão. Isso foi significativo não apenas porque foi a primeira condenação em um caso de direitos humanos, efetivamente quebrando a barreira da impunidade que cercava tais crimes, mas também porque o Tribunal determinou que o caso Castillo Páez não era um incidente isolado, mas sim parte de um padrão de violações sistemáticas e frequentes no Peru. Além disso, inspirado na lei internacional, o Tribunal argumentou que esse e outros crimes semelhantes em que os corpos das vítimas ainda não tenham sido encontrados são crimes continuados e por isso não estão sujeitos a qualquer estatuto de limitações²⁶.

A determinação de Barrios Altos também gerou nova força para a criação de uma comissão da verdade que não apenas se comprometeria a dizer a verdade, mas também buscaria identificar, processar e punir os responsáveis por graves violações dos direitos humanos. Conforme esses debates se desenrolavam, novos vídeos vinham à tona mostrando Montesinos e militares do alto escalão colhendo assinaturas de centenas de militares para apoiar os autores do *autogolpe* de abril de 1992 e das leis de autoanistia de 1995, revelando a profunda politização e manipulação dos militares durante o governo de Fujimori. Os atuais chefes das Forças Armadas estavam entre aqueles do vídeo, levando a um grande escândalo e a exigências por uma grande reforma dos militares. Os principais líderes militares ofereceram suas renúncias, e as Forças Armadas emitiram uma declaração se desculpando por seu apoio passado ao regime de Fujimori e declarando seu apoio à nova democracia do Peru, bem como à criação de uma comissão da verdade. Em comunicado à nação em 17 de abril, Paniagua aceitou as renúncias e anunciou que logo criaria uma comissão da verdade para

24 Comunicação pessoal, Ronald Gamarra (7 de maio de 2009).

25 Ronald Gamarra Herrera, 'Derechos humanos, justicia y transición democrática: el balance institucional,' em *El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana*, ed. Lisa Magarrell e Leonardo Filippini (Lima: International Center for Transitional Justice/ IDEHPUCP, 2006).

26 Carlos Rivera Paz, *Una Sentencia Histórica: La desaparición forzada de Ernesto Castillo Páez* (Lima: Instituto de Defensa Legal, 2006). A Suprema Corte confirmou esta decisão em 2008.

promover a unidade nacional e a reconciliação²⁷. Graças, em grande parte, a esse episódio, as Forças Armadas careciam de capital político para impor condições de qualquer tipo sobre a comissão da verdade do Peru.

A COMISSÃO DA VERDADE DO PERU

Dessa forma, os apelos para uma comissão da verdade ganharam força no contexto do crescimento da dinâmica local em favor não apenas da verdade, mas também de justiça. Isso coincidiu com uma crescente tendência global voltada para a responsabilidade por graves violações dos direitos humanos, genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, como fica evidente na criação dos tribunais internacionais para a antiga Iugoslávia e Ruanda, bem como nos esforços para criar o Tribunal Criminal Internacional²⁸. A tendência também era evidente na América Latina, nos esforços renovados para pressionar a prestação de contas em tribunais nacionais e internacionais, como o Tribunal Interamericano, ou algumas vezes em tribunais estrangeiros²⁹ (como os esforços de 1998 para processar Pinochet na Espanha)³⁰. O Peru também teve a vantagem de ser capaz de estudar as experiências das comissões da verdade anteriores na América Latina e na África do Sul, fato que ajudou seus arquitetos a aprender com o que trabalharam e com o que não³¹.

Em 2 de junho de 2001, Paniagua emitiu um decreto-lei estabelecendo uma comissão da verdade com talvez o mais amplo mandato de uma comissão desse tipo até o momento. A comissão da verdade foi encarregada de investigar as causas e consequências da violência política no Peru entre 1980 e 2000. Também contribuía para o esclarecimento, pelos órgãos jurisdicionais correspondentes, conforme necessário, de crimes e violações dos direitos humanos cometidos por organizações terroristas ou agentes do Estado, determinar o destino das vítimas e identificar, na medida do possível, os responsáveis³².

A comissão da verdade foi também encarregada de fazer recomendações para reparação de vítimas e por reformas institucionais para prevenir que crimes horrendos não se repitam no futuro. Após assumir a presidência, em julho de 2001, Alejandro Toledo ratificou a comissão da

27 *Resumo Semanal* 23, n.º. 1118 (11–17 de abril de 2001).

28 Teitel, *supra* n 4.

29 Ellen Lutz e Kathryn Sikkink, 'The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America,' *Chicago Journal of International Law* 2(1) (2001): 1–34.

30 Naomi Roht-Arriaza, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights* (Pittsburgh: University of Pennsylvania Press, 2005).

31 Entrevistas pessoais, Salomón Lerner, Presidente da CVR, Lima, Peru, 25 de julho de 2006; e Javier Ciurlizza, Secretário Executivo da CVR, Lima, Peru, 10 de agosto de 2006.

32 Decreto Supremo N.º. 065-2001-PCM, *El Peruano*, 2 de junho de 2001.

verdade, renomeando-a para Comissão da Verdade e Reconciliação (CVR) e ampliando o número de comissionários de sete para 12. Particularmente, um dos comissionários recém-nomeados foi Sofia Macher, da Coordenadoria.

ACHADOS

Em 28 de agosto de 2003, a CVR apresentou seu relatório final ao presidente Toledo. Durante dois anos, a CVR colheu 17 mil testemunhos e realizou audiências públicas em uma variedade de tópicos nos quais as vítimas, de todos os lados do conflito, foram capazes de contar suas histórias³³. Alguns dos principais achados da CVR incluem:

- O conflito interno armado entre 1980 e 2000 foi o mais sangrento na história do Peru, alimentado por profundas divisões sociais e étnicas, e no qual as vítimas eram principalmente pobres, camponeses e indígenas.
- Aproximadamente 69 mil peruanos morreram na violência política. O Sendero Luminoso foi responsável por 54% das mortes violentas; as forças de segurança do Estado, por 37%; o Movimento Revolucionário Tupac Amaru (MRTA) – um movimento menor de guerrilha urbana – por 2%; e os 7% restantes estão desaparecidos.
- Quase 6 mil peruanos desapareceram forçadamente, principalmente por agentes do Estado. Na maioria dos casos, seus destinos e paradeiros permanecem desconhecidos (estima-se que este número seja agora de 15 mil)³⁴.
- Três quartos das vítimas eram moradores rurais, cujo idioma principal era o quéchuá ou outro dialeto indígena. Esse é um número espantoso, já que apenas 16% dos peruanos não são falantes nativos de espanhol.
- Mulheres eram principalmente vulneráveis aos efeitos da violência, tanto como vítimas de abuso sexual e estupro pelas Forças Armadas e pelo Sendero Luminoso quanto como as novas viúvas, forçadas a cuidar de si mesmas e de suas famílias.
- Alberto Fujimori foi criminalmente responsável pela criação e operações do esquadrão

³³ Na CVR, consulte Eduardo González, 'The Peruvian Truth and Reconciliation Commission and the Challenge of Impunity' em *Beyond Truth versus Justice: Transitional Justice in the Twenty-First Century*, ed. Naomi Roht-Arriaza e Javier Mariezcurrena (New York: Cambridge University Press, 2006); e Lisa Laplante, 'The Peruvian Truth Commission's Historical Memory Project: Empowering Truth-Tellers to Confront Truth Deniers' *Journal of Human Rights* 6(4) (2007): 433–452.

³⁴ Comunicação pessoal, José Pablo Baraybar, Diretor Executivo da Equipe Peruana de Antropologia Forense.

de morte do Grupo Colina e, portanto, pelos atos criminais cometidos pelo Grupo Colina, incluindo os massacres de Barrios Altos e Cantuta³⁵.

À luz desses dramáticos achados, a CVR fez uma série de recomendações ao Estado para continuar o processo de verdade, justiça e reconciliação. Primeiro, recomendou que o Estado fornecesse reparações individuais e coletivas para as vítimas. Também recomendou reformas estruturais do Estado (particularmente das Forças Armadas, política e Judiciário) para prevenir futuros abusos e garantir pleno respeito aos direitos humanos. Finalmente, recomendou a acusação, pelas autoridades judiciais competentes, de 47 casos de graves violações dos direitos humanos. A CVR advertiu o governo a não adotar anistias, perdões ou outras medidas que criariam obstáculos para a busca da verdade e justiça, fazendo referência específica às normas do Tribunal Interamericano sobre o assunto.

VERDADE E JUSTIÇA

Houve intensos debates dentro da CVR com relação à conveniência e à viabilidade da justiça retributiva. Alguns comissionários favorecidos focaram em dizer a verdade e na memória histórica, enquanto outros enfatizaram a necessidade de construir processos criminais. Após muitos debates internos, um modelo integral de justiça transicional prevaleceu, no qual a justiça retributiva foi o elemento crucial no amplo processo de reconciliação nacional³⁶. Conforme observado pelo presidente da CVR, Salomón Lerner:

Nós dissemos: é necessário unir verdade e reconciliação, mas a verdade não pode ser atingida de forma automática, e a verdade não pode nos levar automaticamente à reconciliação. Deve haver uma mediação para atingir a reconciliação, que não seria a condição suficiente, mas certamente a necessária para reconciliação, e a condição necessária para reconciliação é a justiça³⁷.

Para Lerner, a justiça tem duas dimensões principais: justiça retributiva, que puniria os responsáveis por algumas das piores atrocidades cometidas durante o conflito interno armado do Peru; e a justiça restauradora, que seria atingida por meio de um programa de reparações que reconheceria, e em alguns casos repararia, o terrível dano causado aos cidadãos peruanos

35 CVR, supra n 11 n° vol. 2, capítulo 2.3.

36 Javier Ciurlizza e Eduardo González, 'Verdad y Justicia desde la óptica de la Comisión de la Verdad y Reconciliación,' em *El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana*, ed. Lisa Magarrell e Leonardo Filippini (Lima: International Center for Transitional Justice/IDEHPUCP, 2006).

37 Entrevista Pessoal, Salomón Lerner, Lima, Peru, 25 de julho de 2006

A Defensoria do Povo, que era encarregada de supervisionar a implementação das recomendações da CVR, registrou queixas em 12 casos adicionais, elevando para 59 o número total de julgamentos criminais sendo processados pelo Estado

que foram vítimas de violência insurgente e governamental³⁸.

Em seu esforço de cumprir seu mandato de responsabilidade, a CVR estabeleceu uma unidade legal encarregada de identificar os principais casos que recomendaria para acusação criminal. Quando apresentou seu relatório, em 2003, a CVR entregou ao Ministério Público mais de 47 casos, envolvendo mais de 150 policiais e oficiais militares, para acusação (alguns desses casos envolveram crimes do Sendero Luminoso, mas a maior parte dos líderes dos grupos insurgentes já tinham sido processados

e estavam presos ou mortos)³⁹ A essa altura, vários casos já tinham sido orientados pelo Tribunal Interamericano a contornar a situação por meio do sistema legal. O relatório final da CVR deu ênfase renovada aos processos criminais e confirmou o compromisso do estado (ao menos teoricamente) de uma agenda responsável. A *Defensoria do Povo*, que era encarregada de supervisionar a implementação das recomendações da CVR, registrou queixas em 12 casos adicionais, elevando para 59 o número total de julgamentos criminais sendo processados pelo Estado.

O governo de Toledo chegou sob pesadas críticas por se movimentar muito lentamente nesses casos. Finalmente, no final de 2004, o Judiciário estabeleceu um sistema especial para processar casos de direitos humanos. Teoricamente projetado para agilizar processos criminais e evitar sobrecarga da Justiça comum, o sistema criminal de direitos humanos hoje tem pessoal e recursos suficientes⁴⁰. No entanto, desde que a primeira condenação em um caso de direitos humanos foi proferida em 2006 no caso Castillo Páez, várias outras condenações importantes se seguiram. Em muitas dessas sentenças, os juízes fizeram referência direta às orientações do Tribunal Interamericano e utilizaram a jurisprudência internacional para apoiar seus argumentos legais. Em 2005, o Tribunal Constitucional estabeleceu que a lei internacional é parte da lei nacional do Peru e confirmou decisões específicas do Tribunal Interamericano, tais como o

38 Ibid. Na CVR e reparações, consulte Juliet Guillerot e Lisa Magarrell, *Reparaciones en la transición peruana. Memorias de un proceso inacabado* (Lima: APRODEH/International Center for Transitional Justice, 2006); e Lisa Laplante e Kimberly Theidon, 'Truth with Consequences: Justice and Reparations in Post-Truth Commission Peru,' *Human Rights Quarterly* 29(1) (2007): 228–250.

39 Após uma decisão do Tribunal Interamericano de que os tribunais militares violaram os direitos de devido processo, centenas de suspeitos de terrorismo, incluindo Abimael Guzmán, foram julgados novamente. Luis E. Francia Sánchez, 'Los procesos penales contra las organizaciones terroristas,' em *El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana*, ed. Lisa Magarrell e Leonardo Filippini (Lima: International Center for Transitional Justice/IDEHPUCP, 2006).

40 Não há espaço adequado para uma análise plena do subsistema especial para casos de direitos humanos que se desenvolveu na resposta aos críticos de grupos de direitos humanos e na *Defensoria do Povo*. Consulte Gamarra, supra n 26.



FONTE: ARQUIVO NACIONAL

direito das vítimas à verdade; a definição de desaparecimento forçado ser um crime em curso; crimes contra a humanidade não estarem sujeitos aos estatutos de limitações; e assim por diante⁴¹. Nesse sentido, o sistema interamericano fez contribuições significativas para fortalecer a proteção dos direitos humanos no Peru e apoiar uma agenda responsável.

Entretanto, é importante não supervalorizar o poder do Tribunal Interamericano. Em alguns países, como em El Salvador, as leis de anistia permanecem em vigor e existe pouca vontade política para desmantelá-las ou permitir que julgamentos avancem⁴². No Peru, a vontade política

41 Eduardo Vega Luna, 'La responsabilidad penal de los agentes del Estado,' em *El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana*, ed. Lisa Magarrell e Leonardo Filippini (Lima: International Center for Transitional Justice/IDEHPUCP, 2006).

42 Santiago A. Cantón, 'Amnesty Laws,' em *Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in*



nasceu, em alguns aspectos, das circunstâncias: a necessidade de um novo regime democrático para se distinguir dos regimes anteriores foi um fator, e a natureza da transição forneceu a oportunidade política para tal. Mas foi a pressão de grupos da sociedade civil nacional em favor de uma agenda responsável, combinada às exigências internacionais por responsabilidade, tal como a determinação de 2001 de Barrios Altos, que levaram o governo peruano a adotar uma postura mais firme da que talvez estivesse inclinado acerca da responsabilidade. Essa convergência específica de fatores na sequência da transição do Peru gerou amplo apoio social em favor de uma comissão da verdade, cuja tarefa não seria limitada a investigar o passado, mas incluiria identificar e trazer à justiça os responsáveis por graves crimes.

EXTRADIÇÃO DE FUJIMORI

Foi no contexto desse ambiente de expansão da responsabilidade que Fujimori deixou seu refúgio seguro no Japão para o Chile em novembro de 2005 e – para sua surpresa – foi imediatamente preso. O governo peruano imediatamente anunciou que buscava a extradição de Fujimori para que ele pudesse enfrentar as acusações das violações dos direitos humanos, usurpação de autoridade e corrupção no Peru. A Procuradoria, que há muito tempo investigava Fujimori por esses casos, rapidamente elaborou o pedido de extradição, trabalhando junto com outros agentes do Estado, ministros e grupos da sociedade civil para garantir a extradição de Fujimori⁴³.

Ainda não está claro porque Fujimori deixou seu refúgio seguro no Japão. A decisão do governo peruano em denunciar o Japão antes do Tribunal Internacional de Justiça provavelmente complicou a situação de Fujimori com as autoridades japonesas. Fujimori realmente acreditava que poderia fazer sua volta política ao Peru do Chile (as eleições foram marcadas para abril de 2006). Seus conselheiros devem ter acreditado que seu bom relacionamento com importantes elites comerciais chilenas o protegeria; o conservadorismo histórico da Suprema Corte Chilena e sua recusa prévia em admitir pedidos de extradição provavelmente também teve um papel em seus cálculos.

A comunidade dos direitos humanos no Peru imediatamente mobilizou apoio ao pedido de extradição. Parentes das vítimas e membros da Coordenadoria fizeram várias viagens ao Chile nos dois anos seguintes, organizando eventos públicos, marchas de protesto e reuniões

Latin America (Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2007).

⁴³ Apresentação Pública, Ex-promotor público anticorrupção Antonio Maldonado, National Endowment for Democracy, Washington, DC (18 de julho de 2009).

com o governo chileno e oficiais da Justiça para pleitear seu caso⁴⁴. Grupos de vítimas e direitos humanos do Chile participaram de forma ativa. Mas as partes peruanas, organizações internacionais de direitos humanos, incluindo a Anistia Internacional e a Human Rights Watch, também desempenharam um importante papel, fornecendo argumentos legais que apoiavam a extradição e intermediavam o governo chileno e oficiais legais⁴⁵. O Tribunal Interamericano também teve seu peso, por meio de uma decisão, em setembro de 2006, sobre o caso Cantuta, na qual encorajou o Estado peruano a continuar perseguindo medidas legais e diplomáticas para garantir a extradição de Fujimori⁴⁶.

Em setembro de 2007, a Suprema Corte Chilena mostrou-se a favor da extradição com base em vários casos de corrupção, usurpação de autoridade e violações dos direitos humanos⁴⁷. Horas depois, Fujimori voltou ao Peru. Grupos locais e de direitos humanos internacionais saudaram a decisão como um precedente importante para os esforços da justiça mundial.

A Suprema Corte Peruana determinou que os casos contra Fujimori fossem agrupados em três diferentes julgamentos públicos, a serem presididos pela Suprema Corte Especial, um painel das três justiças da Suprema Corte. O Tribunal determinou que o primeiro julgamento público focaria nos casos de direitos humanos: os massacres de Barrios Altos e Cantuta e o sequestro do jornalista Gustavo Gorriti e do empresário Samuel Dyer após o *autogolpe* de 1992. Após 16 meses de deliberações, nos quais mais de 80 testemunhas apareceram perante o tribunal em um total de 161 sessões, em 7 de abril de 2009, o Tribunal considerou Fujimori culpado de todas as acusações de homicídio qualificado, assalto e sequestro e o sentenciou a 25 anos de prisão. Fujimori recorreu da decisão, que foi confirmada em recurso no final de 2009. Sua decisão não está sujeita a outras apelações, embora o advogado de Fujimori, César Nakazaki, continue a apresentar pedidos de *habeas corpus* perante o Tribunal Constitucional, alegando que os direitos de devido processo de Fujimori foram violados.

A maioria dos peritos legais rejeita o fato como politicamente motivado e inconsequente a partir da perspectiva legal. Fujimori foi condenado por inúmeras acusações de corrupção e usurpação de autoridade pública. Em 11 de dezembro de 2007, ele foi considerado culpado em audiência resumo por ter orquestrado uma invasão ilegal à casa da esposa de Montesinos, provavelmente para proteger e remover provas comprometedoras; recebeu uma pena de

44 Entrevista pessoal, Gisela Ortiz e Carmen Amaro, Lima, Peru, 17 de abril de 2009.

45 Human Rights Watch, *Peru/Chile. Presunción fundada: Pruebas que comprometen a Fujimori* (dezembro de 2005). Anistia Internacional, *Chile, Peru. Caso Fujimori – O Supremo Tribunal de Justiça deve cumprir com as obrigações da Lei Internacional* (agosto de 2007).

46 Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, *Caso La Cantuta vs. Peru*, Julgamento de 29 de novembro de 2006.

47 Isso foi muito reduzido dos 60 casos originais para os quais a extradição de Fujimori foi pedida inicialmente. Isso é significativo, uma vez que Fujimori apenas pode ser processado pelos casos para os quais foi extraditado.

seis anos, que foi confirmada em recurso⁴⁸. Condenações foram proferidas contra Fujimori em outros dois julgamentos públicos. Em ambos os casos, Fujimori admitiu as acusações, provavelmente para evitar longas audiências públicas que revelariam corrupção maciça em seu governo, de modo a não prejudicar a candidatura presidencial de sua filha, Keiko Fujimori, que foi derrotada nas eleições presidenciais peruanas em 2011. No primeiro deles, Fujimori foi acusado de transferir ilegalmente US\$ 15 milhões em fundos públicos a Montesinos quando ele fugiu do Peru, em setembro de 2000. Ele foi considerado culpado em 20 de junho de 2009, sentenciado a 7,5 anos de prisão e foi obrigado a pagar US\$ 1 milhão em reparações⁴⁹. O julgamento público final contra Fujimori consolidou os três casos: (1) escutas ilegais dos líderes da oposição; (2) suborno aos membros do Congresso; e (3) compra ilegal de um canal de televisão com fundos do Estado. Em TK [DATA] Fujimori foi condenado por todas as acusações e condenado à TK⁵⁰.

CULPADO

O julgamento público contra Fujimori por violações dos direitos humanos começou oportunamente em 10 de dezembro de 2007, aniversário da assinatura da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos Humanos. Não é possível oferecer aqui uma análise detalhada dos 16 meses de audiências públicas; as milhares de páginas de evidências documentais oferecidas pela Promotoria, partes civis e defesa; e as milhares de páginas da transcrição do julgamento. Ao invés disso, o restante deste artigo examinará brevemente o veredicto e então explorará o processo em si para determinar evitar as desvantagens que os estudiosos apontaram muitas vezes de julgamentos de pragas criminais por graves violações dos direitos humanos. Ele se encerra com uma breve análise do impacto da condenação de Fujimori nos esforços em alcançar responsabilidade no Peru, e suas implicações para a teoria e prática da justiça transicional.

Antes disso, é importante divulgar algumas informações básicas sobre o julgamento em si e a sentença final no julgamento de Fujimori. Em primeiro lugar, é importante observar que os juízes concordaram de forma unânime em condenar Fujimori por homicídio qualificado, assalto e sequestro nos casos de Barrios Altos, Cantuta e Gorriti/Dyer⁵¹.

48 Segunda Sala Penal Especial, Suprema Corte da República, Exp. N°. AV-12-2003, *Alberto Fujimori, Fujimori* Resolução 17-2008 (10 de abril de 2008).

49 Penal Especial, Suprema Corte da República, Exp. N°. AV-23-2001, *Sentença Alberto Fujimori, Fujimori* (20 de julho de 2009).

50 Sala Penal Especial, Suprema Corte de Justiça, Exp. N°. AV-19-2001, *Sentença Alberto Fujimori, Fujimori* (7 de abril de 2009) [dora-vante denominada '*Fujimori*'].

51 Em cada caso, pela lei peruana, um crime é considerado 'agravado' (*qualificado*) quando certas condições estiverem presentes, incluindo tratamento cruel da vítima e se a vítima era indefesa e não representava perigo real no momento do crime.

Os juízes explicaram que aplicaram a pena máxima permitida pela lei peruana no momento em que os crimes foram cometidos – 25 anos de prisão – devido à ‘gravidade e extensão dos crimes’ e à ‘natureza e condição do acusado como ex-chefe de Estado’⁵². O Tribunal também ordenou que Fujimori pagasse reparações de US\$ 60 mil às famílias das vítimas nos casos de Barrios Altos e La Cantuta e de \$15 mil cada para Gorriti e Dyer. Finalmente, o Tribunal determinou que as vítimas, em ambos os casos, não eram membros de qualquer organização terrorista – um pedido das partes civis concedido como medida de reparação aos sobreviventes e parentes das vítimas que sofreram preconceito, ameaças e intimidação devido às acusações infundadas de que os membros de suas famílias eram ‘terroristas’⁵³.

Para determinar a culpabilidade de Fujimori nesses crimes, os juízes aplicaram o conceito de *autoría mediata*, ou autoria intermediária. Na lei peruana, autoria intermediária é atribuída àquelas pessoas que foram determinadas a terem domínio sobre ‘aparato de poder organizado’, tendo assim o poder de ordenar ou orientar cada membro daquele aparato para cometer crimes ou, nesse caso, violações dos direitos humanos⁵⁴. No caso de Fujimori, o Tribunal considerou que a acusação provou que o ex-presidente, como comandante das Forças Armadas, teve controle direto sobre o Grupo Colina, uma unidade militar que operou de dentro dos serviços de inteligência do Exército e que envolveu inúmeros assassinatos, desaparecimentos forçados e tortura ilegais⁵⁵.

A sentença traça cuidadosamente o contexto político e a estrutura institucional na qual Fujimori chegou ao poder em 1990 e como ele redefiniu a estratégia nacional de combate à insurgência. O Tribunal confirmou o argumento do Ministério Público de que Fujimori dirigiu e supervisionou pessoalmente a implementação dessa nova estratégia, que consistiu de uma estratégia pública formal que reivindicava respeitar os direitos humanos e, em paralelo, uma estratégia secreta desenhada para eliminar fisicamente suspeitos de subversão.

Como parte desse reordenamento institucional, Fujimori ordenou que o Serviço de Inteligência Nacional (SIN) supervisionasse o Sistema de Defesa Nacional, uma nova instituição encarregada de coordenar esforços para combater a insurgência. Embora não tenha sido nomeado chefe do SIN (na maioria dos anos de Fujimori, o general do exército Julio Salazar Monroe era o chefe formal do SIN), Fujimori concedeu a Montesinos o controle geral de facto de todas as operações do SIN e fez dele seu representante e intermediário *vis-à-vis* com as forças armadas. Em sua

52 Apresentação pública, sentença de julgamento de Fujimori, Suprema Corte de Justiça, Juiz César San Martín, Tribunal Criminal Especial, Lima, Peru (7 de abril de 2009).

53 *Fujimori*, supra n 51 em 707.

54 Não existe equivalência para *autoría intermediária* nos sistemas jurídicos de língua inglesa. É algumas vezes traduzido como ‘perpetração por meios’ de um aparelho organizado de poder ou outro instrumento. Comunicação pessoal, Douglass Cassel (20 de julho de 2009). O conceito é atribuído ao jurista alemão Claus Roxin.

55 *Fujimori*, supra n 51 em 655–657.

função de chefe de facto do SIN, Montesinos designou os serviços de inteligência do Exército para implementar a nova estratégia de combate à insurgência. Isso resultou na criação do Grupo Colina, que foi responsável por inúmeras graves violações dos direitos humanos. O Tribunal argumentou que por meio de seu controle do Exército e dos serviços de inteligência, Fujimori tinha controle direto — e também responsabilidade — pelos atos do Grupo Colina. O Tribunal também estabeleceu que quando aspectos das atividades do Grupo Colina vieram a público, Fujimori e seus aliados estavam envolvidos em uma série de ações que buscavam encobrir esses crimes, que nunca foram devidamente punidos e cujos autores acabaram sendo protegidos pelas leis de anistia aprovadas pelo Congresso e promulgadas por Fujimori em 1995.

O Tribunal especificamente orientou a complicada questão do tipo de prova exigida em complexos casos de direitos humanos. Ele argumentou que em operações criminais desse tipo é improvável existir prova direta de culpabilidade, como uma ordem escrita ou legislação; muitas vezes,

O Tribunal encontrou evidências de um padrão de violações sistemáticas de direitos humanos e, amplamente demonstrado na jurisprudência internacional, definiu esses como ‘crimes contra a humanidade’

qualquer prova documental que possa ter existido é destruída⁵⁶. “É precisamente a natureza clandestina e a prática ilícita de uma organização”, argumentam os juízes, “que impossibilitam, por motivos óbvios, a prospecção de demonstrar sua existência e os atos que cometem por meio de medidas normativas” ou outros tipos de prova direta⁵⁷. Isso exige a reconstrução cuidadosa e contrastantes dos fatos e eventos por meio de evidências circunstanciais e de outras evidências probatórias.

Os juízes, dessa forma, recusaram diretamente o argumento-chave da defesa de Fujimori: que sem uma ordem assinada por Fujimori ordenando os assassinatos ou sequestros, ele não poderia ser considerado culpado. Os juízes também se basearam em leis nacionais e internacionais para fundamentar seu veredicto. Por exemplo, eles se basearam na determinação de 2006 do Tribunal Interamericano sobre o caso Cantuta, bem como na determinação de 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru e o Relatório Final da CVR, para argumentar que os crimes pelos quais consideraram Fujimori culpado partem de um amplo padrão de ‘crimes de Estado’ que não poderiam ter sido cometidos sem o prévio consentimento do alto escalão do governo e de

56 Ibid., 57.

57 Ibid., 61.

autoridades militares, incluindo o próprio Fujimori⁵⁸. Os juízes determinaram que o Grupo Colina esteve ativo durante o período de 15 meses entre 1991 e 1992 e que cometeu ao menos 50 assassinatos, incluindo aqueles de Barrios Altos e de La Cantuta⁵⁹. O Tribunal encontrou evidências de um padrão de violações sistemáticas de direitos humanos e, amplamente demonstrado na jurisprudência internacional, definiu esses como ‘crimes contra a humanidade’:

Os assassinatos e assaltos agravados cometidos em Barrios Altos e Cantuta também são crimes contra a humanidade fundamentalmente porque eles foram cometidos na estrutura de uma política de Estado de eliminação seletiva, mas sistemática, de supostos membros de grupos subversivos⁶⁰.

Os juízes observaram que seus achados coincidiram com aqueles do Tribunal Interamericano e do Tribunal Constitucional do Peru, que previamente categorizaram os massacres de Barrios Altos e de Cantuta como crimes contra a humanidade⁶¹. Porém, argumentam eles, o Tribunal Interamericano pode determinar apenas a culpabilidade do Estado, não das pessoas, e é exclusivamente do tribunal nacional a tarefa de determinar a responsabilidade criminal individual e de impor as sanções correspondentes. Essa delimitação cuidadosa do papel de tribunais internacionais como o Tribunal Interamericano e seu relacionamento com o sistema jurídico nacional do Peru destacam o princípio de complementaridade em seu melhor e revelam como os tribunais internacionais podem contribuir com os esforços dos tribunais nacionais para administrar a justiça em casos complexos de graves violações dos direitos humanos.

DILEMAS EM PROCESSOS CRIMINAIS

Existe um debate rico e basicamente não resolvido sobre a viabilidade – e conveniência – de julgamentos penais após atrocidades em massa⁶². Apesar da mudança global em favor da responsabilidade documentada pelos estudiosos da justiça transicional⁶³, esses debates permanecem ainda muito vivos em contextos locais como no Peru. Como as sociedades do mundo

58 Ibid., 655.

59 Ibid., 483–492.

60 Ibid., 623–624.

61 Ibid.

62 Consulte, por exemplo, José Zalaquett, ‘Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations,’ *Hastings Law Journal* 43(6) (1992): 6–16; Juan Méndez, ‘Accountability for Past Abuses,’ *Human Rights Quarterly* 19(2) (1997): 255–282; Mark J. Osiel, ‘Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity,’ *Human Rights Quarterly* 22(1) (2000): 118–147; e Laurel Fletcher e Harvey Weinstein, ‘Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation,’ *Human Rights Quarterly* 24(3) (2002): 573–639.

63 Teitel, *supra* n 4; Diane Orentlicher, ‘“Settling Accounts” Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency,’ *International Journal of Transitional Justice* 1(1) (2007): 10–22.





inteiro lutam contra essas questões, os estudiosos estão desenvolvendo empíricos estudos de caso sobre como as sociedades abordam o imperativo da responsabilização: se os julgamentos criminais são concluídos; a extensão para a qual os julgamentos criminais contribuem para o Estado de Direito e governança democrática; e como os julgamentos criminais cabem dentro de processos mais amplos dos esforços da justiça transicional. Uma vez que o Peru é um caso em que não apenas os processos criminais avançaram, mas também um ex-chefe de Estado foi satisfatoriamente condenado por graves violações dos direitos humanos, o país parece apto a explorar os mesmos dilemas específicos dos processos criminais por violações dos direitos humanos que foram levantados na literatura da justiça transicional e como eles participaram do julgamento de Fujimori. O primeiro desses dilemas é retroativo: se os réus enfrentam condenações sob normas que não estavam em vigor no momento em que os crimes alegados foram cometidos e que presumivelmente violariam o Estado de Direito. A segunda questão da politização refere-se ao fato de se o tribunal é uma instituição independente retirada das pressões políticas que pode garantir imparcialidade. A terceira questão da seletividade levanta a questão de quem deveria ser processado e sob quais critérios. Os autores intelectuais, assim como os materiais, devem ser processados? Onde deveria ser traçada a linha? Uma questão relacionada é que muitos autores provavelmente evitam o processo, seja escapando ou ocultando suas identidades ou provas que

os impliquem, por meio da morte ou de proteção contínua de poderosos aliados⁶⁴. Vamos revisar brevemente o julgamento de Fujimori com relação a cada uma dessas questões.

A questão da retroatividade é relativamente simples, uma vez que, para processar Fujimori, o Tribunal se baseou na constituição de 1979 e no código penal em vigor no momento em que os crimes foram cometidos. Os juízes claramente delinearam a genealogia do conceito de autoria intermediária no código criminal peruano, observando sua adoção formal em 1991 e citando os trabalhos de destacados peritos peruanos na legislação penal sobre esse tópico⁶⁵. Especialmente, a autoria intermediária foi utilizada para condenar o principal líder do Sendero Luminoso, Abimael Guzmán, alguns anos antes⁶⁶. Também foi utilizada para condenar o ex-chefe do SIN, General Julio Salazar Monroe, no caso Cantuta, em abril de 2008⁶⁷. Além disso, enquanto os juízes argumentavam que os casos de Barrios Altos e de Cantuta constituíam ‘crimes contra a humanidade’, eles não basearam seu veredicto nesse conceito legal, que atualmente não é codificado na legislação penal peruana, mas em crimes de assassinato qualificado, assalto e sequestro, todos devidamente codificados na lei peruana no momento em que os crimes foram cometidos.

A fim de evitar a politização, o segundo desafio principal, o tribunal de processos deve ser independentemente constituído por suas operações, recursos e decisões para que as regras das normas de lei e o devido processo possam ser totalmente confirmados e não deve estar sujeito à influência política ou intervenção⁶⁸. Esse foi um problema que assolou os julgamentos em Nuremberg, cuja criação pela vitória das Forças Aliadas para processar nazistas criminosos de guerra levou a acusações de ‘justiça dos vencedores.’ Os filhos de Fujimori, especialmente sua filha Keiko, que atualmente é deputada pelo partido político Aliança para o Futuro, alegaram durante todo o processo que o julgamento foi politicamente motivado. No entanto, nem Fujimori, nem seu advogado, César Nakasaki, questionaram seriamente a imparcialidade do tribunal enquanto este estava em sessão, e Nakasaki muitas vezes declarou à imprensa que os juízes eram os melhores que seu cliente poderia ter esperado. Dias após o veredicto, novas acusações de politização circularam nos meios de comunicação pró-Fujimori, incluindo acusações de que o presidente do Tribunal, César San Martín, pronunciou-se contra Fujimori motivado por vingança, já que ele tinha sido despedido como juiz após o autogolpe de 1992⁶⁹. Entretanto, antes do

64 Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence* (Boston: Beacon Press, 1998); e Fletcher e Weinstein, *supra* n 63.

65 *Fujimori*, *supra* n 51 em 628–651.

66 Francia Sánchez, *supra* n 40.

67 Primeira Sala Penal Especial, Corte Superior de Justiça de Lima, *Sentença Caso Cantuta*, Exp. N°. 03-2003-1 SPE/CSJLI (8 de abril de 2008).

68 Minow, *supra* n 65.

69 Febre Laranja, *Caretas*, 16 de abril de 2009.

veredicto, Nakasaki não impugnou a participação de San Martín no tribunal, o que ele poderia legalmente ter feito. De fato, essas acusações parecem designadas a desacreditar o tribunal, uma vez que Fujimori foi considerado culpado.

Observadores nacionais e internacionais perceberam amplamente que o julgamento de Fujimori foi justo e imparcial e que escrupulosamente garantiu os direitos de devido processo do acusado⁷⁰. Fujimori recebeu ampla oportunidade de se defender no tribunal de Justiça: seu advogado foi autorizado a apresentar testemunhas, documentos, material audiovisual e outras evidências que considerou pertinentes ao caso. O Tribunal deu a Nakasaki tempo suficiente para apresentar argumentos na defesa de seu cliente, bem como nos interrogatórios das testemunhas de acusação. O próprio Fujimori foi autorizado a dirigir-se ao tribunal no início do processo, após cada testemunha prestar seu depoimento e ao final do julgamento. Além disso, os juízes responderam de forma justa aos desafios principais que emergiram durante o decorrer do julgamento. Por exemplo, quando Fujimori pareceu estar doente, o Tribunal permitiu que ele consultasse seu próprio médico, mas ordenou exames médicos a um médico nomeado pelo Tribunal para prevenir atrasos indevidos. Com aconselhamento médico garantido, o Tribunal cancelou sessões do julgamento e reduziu a duração de cada sessão para evitar estressar o réu.

O tribunal também buscou garantir a equidade do processo judicial e limitar possíveis interferências políticas, tornando-o o mais transparente possível. Para esse fim, os juízes permitiram à imprensa acesso direto aos procedimentos, e o julgamento foi amplamente coberto pela imprensa peruana e imprensa eletrônica. O Tribunal também permitiu que sobreviventes e familiares das vítimas dos casos de direitos humanos, bem como a família de Fujimori, amigos e parceiros políticos, estivessem presentes ao julgamento na qualidade de observadores. Ativistas dos direitos humanos, acadêmicos e observadores internacionais também foram autorizados a observar o processo. O Tribunal disponibilizou transcrições e videotapes dos processos de cada dia à defesa e à acusação. Além disso, o Tribunal elaborou breves resumos de cada sessão e os postou em seu *website*.

Grupos de vítimas e de defensores dos direitos humanos também estavam preocupados sobre uma possível politização do julgamento. Por exemplo, eles temiam que o atual presidente, Alan García – que foi acusado pela CVR de responsabilidade política (porém não necessariamente criminal) por violações dos direitos humanos cometidas durante seu primeiro governo – interviesse no processo em favor de Fujimori. Embora houvesse, durante os meses do julgamento, algumas movimentações duvidosas que levaram muitos observadores a depreciar uma nova aliança entre o bloco pró-Fujimori de líderes congressistas e o partido da Aliança Revolucionária Popular

70 Human Rights Watch, *Peru: Fujimori Verdict a Rights Victory: Former President's Trial Likely to Advance Justice, Rule of Law* (abril de 2009); Anistia Internacional, *Peru: The Conviction of Fujimori – A Milestone in the Fight for Justice* (abril de 2009).

Americana (APRA), os juízes afirmaram que não houve interferência indevida no processo⁷¹. Sem dúvida, a natureza pública do julgamento contribuiu para limitar as possibilidades de interferência política – de importância fundamental e histórica no Peru, onde o Judiciário muitas vezes se dobrou à vontade do Executivo. Devido aos níveis historicamente baixos de aprovação pública do Judiciário do Peru, também é surpreendente que a ampla maioria de peruanos considere que o julgamento de Fujimori foi justo: 75% disseram que os direitos de devido processo de Fujimori foram respeitados, enquanto que 67% disseram que os juízes foram justos e imparciais⁷².

A seletividade é a questão mais vexatória. Como resultado do processo de extradição, Fujimori foi processado e condenado por um número limitado de casos de direitos humanos⁷³; o resultado é uma base aparentemente estreita para condenação. De fato, um argumento comum durante todo o processo foi que Fujimori não deveria ser punido por causa de um ‘pequeno’ número de assassinatos, já que ele derrotou com sucesso o terrorismo. O Tribunal manteve que a natureza premeditada dos crimes, a brutalidade com a qual eles foram cometidos e a clara intenção por parte do acusado de proteger os autores materiais com leis de anistia eram graves o suficiente para merecer uma sentença pesada. No entanto, os juízes também fizeram um grande esforço para situar esses crimes em um contexto mais amplo, conforme observado acima, mostrando que eles faziam parte de um plano sistemático para eliminar suspeitos subversivos e constituir crimes contra a humanidade. Assim, a sentença leva um longo caminho para desafiar o discurso frequentemente repetido durante a década de poder de Fujimori – e que repercute ainda hoje – de que o resultado é mais importante que o processo; que a ordem é mais importante que os direitos; que os fins justificam os meios.

Existe outra dimensão da seletividade que apenas pode ser abordada superficialmente aqui: a questão de *quem* deveria ser processado. A CVR estabeleceu que as piores violações dos direitos humanos ocorreram entre 1983 e 1985 – durante o governo de Fernando Belaúnde – e entre 1988 e 1993 – durante o fim do primeiro mandato de Alan García e os primeiros anos do regime de Fujimori. Fujimori fez uso inteligente disso em seus argumentos finais. Após afirmar que Barrios Altos e Cantuta foram incidentes isolados que contrariaram suas ordens para respeitar os direitos humanos, ele então apontou casos específicos de violações dos direitos humanos que ocorreram durante os mandatos de Belaúnde e García para sugerir o fato de que apenas ele estar sendo processado revelava a natureza política do julgamento.

71 Entrevista pessoal, juiz César San Martín, Lima, Peru, 29 de maio de 2008 e 26 de junho de 2008.

72 Instituto de Opinião Pública/Pontifícia Universidade Católica do Peru, ‘El caso Fujimori y la opinión pública,’ *Estado de la opinión pública* (abril de 2009).

73 Em 11 de abril de 2009, o *La República* relatou que o governo peruano teria supostamente solicitado à Suprema Corte Chilena ampliar a lei de extradição para incluir três casos adicionais: o assassinato, em 1992, dos prisioneiros do Shining Path na penitenciária Castro Castro; a execução extrajudicial, em 1997, dos membros do MRTA por trás de uma crise de reféns; e a venda ilegal de armas às FARC.

Foi parte da política institucional do primeiro mandato de Alan García assassinar camponeses em Cayara e Accomarca e Los Cabitos? Foi parte da política institucional de Fernando Belaúnde Terry cometer os desaparecimentos e assassinatos em Putis? Qual é a diferença? Por que Alan García e Fernando Belaúnde são inocentes e Alberto Fujimori é culpado? Por que existe um duplo padrão⁷⁴?

Belaúnde faleceu há muitos anos. Permanece uma pergunta sem resposta se os promotores tentarão indiciar García, já que seu mandato presidencial termina em 2011. Vários casos de violações dos direitos humanos que ocorreram durante seu primeiro mandato são sinuosos no caminho até o sistema legal do Peru. Resta saber se o Judiciário peruano vai provar a capacidade de manter a independência e a imparcialidade tão habilmente demonstradas no julgamento de Fujimori para que esses casos avancem.

IMPLICAÇÕES: PERU E ALÉM

Ao processar um ex-chefe de Estado, o Peru mostrou a seus cidadãos que seu sistema de Justiça é capaz de processar mesmo o mais poderoso – confirmando o mais fundamental dos princípios democráticos, a igualdade perante a lei. Leva um longo caminho para legitimar o Estado de Direito no Peru e estabelece um precedente importante, tanto para aqueles que violaram direitos humanos no passado quanto para aqueles que possam fazê-lo no futuro. Essa lição do julgamento de Fujimori transcende o Peru, conforme observado pelo jornalista peruano Augusto Álvarez Rodrich um dia pós a condenação de Fujimori:

Futuros governantes estão agora avisados de que é seu dever respeitar a vida de todos os cidadãos e que não é aceitável matar – ou ordenar que alguém o faça –, não importa quão poderosos eles pensem que são ou como ‘justificativa’ de que acreditem que a causa seja⁷⁵.

Uma das principais críticas dos tribunais internacionais, como aqueles da ex-Iugoslávia e Ruanda, tem sido que, devido à sua distância dos eventos e à utilização de juízes internacionais e outros fatores, eles são incapazes de construir a apropriação local do processo. Ronald Gamarra, um dos advogados que representou as partes civis no julgamento de Fujimori, argumentou que o fato de os juízes que processaram Fujimori serem peruanos e que, enquanto a sentença final chamava amplamente a jurisprudência internacional, Fujimori era condenado com base na legislação

74 Transcrição do julgamento de Fujimori, Sessão N.º. 160, Exp. No. AV-19-2001 (3 de abril de 2009), 4.

75 ‘Não matarás,’ *La República* (8 de abril de 2009).

nacional foi de fundamental importância para construir a legitimação local para o processo e, portanto, maior aceitação social no resultado final⁷⁶. O julgamento de Fujimori sugere com isso que a utilização de tribunais nacionais para processar violações dos direitos humanos pode garantir maior apropriação local do processo de justiça criminal. Também revela a valiosa sinergia entre os personagens nacionais e internacionais na luta para atingir a responsabilidade após as atrocidades. O caso peruano reflete assim as formas que os tribunais internacionais podem complementar e contribuir com os esforços locais para avançar na agenda de responsabilidade.

O processo de justiça transicional do Peru também demonstra que uma abordagem integral para a justiça transicional é viável em sociedades pós-conflito. O processo do Peru está longe de terminar e houve inúmeros obstáculos ao longo do caminho. O programa de reparações, por exemplo, tem se movimentado em ritmo glacial. No entanto, qualquer estudioso sério da justiça transicional sabe que esses processos são profundamente circunscritos pela política. É precisamente por meio do estudo do contexto político no qual os processos da justiça transicional são incorporados que podemos entender melhor o que tornam mais prováveis e sustentáveis os processos criminais.

Resta saber se o julgamento de Fujimori será um catalisador para o sistema judiciário peruano continuar a processar satisfatoriamente outros casos de violações dos direitos humanos no Peru e contribuir para um ciclo de responsabilidade e respeito ao Estado de Direito ou se vai ficar como exemplo solitário de sucesso que tem impacto limitado no comportamento das autoridades judiciais e elites políticas. Enquanto uma plena responsabilidade não puder ser tentada aqui, a evidência até o momento sugere uma revisão mista. Existem sinais positivos indicando avanços significativos. No momento, existe uma série de instituições de Estado dedicadas principalmente a processar casos de direitos humanos. Até o momento, existem mais de uma dezena de condenações bem-sucedidas, incluindo oito com sólidas sentenças. Dezenas de outros casos estão em andamento, incluindo casos altamente simbólicos, como o massacre em 1985 de 69 camponeses na comunidade serrana de Accomarca, Ayacucho. Além disso, embora não exista maciça pressão pública organizada para processos criminais, existe um amplo apoio público para a responsabilidade no Peru.

No entanto, existem alguns problemas muito sérios nos termos do processo judicial. Advogados de supostos autores fazem amplo uso das técnicas legais para atrasar datas de julgamento e parar processos penais. Outros casos não podem avançar porque as Forças Armadas se recusam a passar informações sobre as identidades de seus oficiais, que frequentemente utilizaram pseudônimos enquanto conduziam operações de contrainsurgência; de fato, o Ministério Público

76 Conferência de apresentação, 'Accountability after Atrocity: Latin American and African Examples in Comparative Perspective' (Washington, DC: Universidade George Mason, 6 de maio de 2009).

relata que arquivou centenas de casos devido à falta de informações sobre os supostos autores⁷⁷. Nenhum programa de proteção a testemunhas de fato está vigente. O sistema especial para investigar e processar casos de direitos humanos tem sido o escopo de crimes sob seu mandato, expandindo casos de direitos humanos apenas para incluir casos de lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, sequestro e liberdade de expressão que ameaçam diluir sua eficácia. Muitos casos permanecem presos no Ministério Público na fase preliminar – um problema que poderia ter a ver com a mudança de ventos políticos não mais a favor de uma agenda responsável e com recursos concretos e questões legais⁷⁸. Finalmente, enquanto a jurisprudência internacional tem sido adotada pelo Tribunal Constitucional do Peru e tem sido utilizada pelos juízes para apoiar veredictos condenando perpetradores de crimes de direitos humanos em diversos casos, também existem instâncias nas quais os juízes falham em cumprir com sua jurisprudência, resultando em absolvições ou arquivamento dos casos.

Além disso, existem sinais crescentes de interferência política no processo de judicialização, que parece destinado a acabar com os esforços de responsabilidade no Peru. Pouco depois da posse de García, em 2006, o ministro da Defesa anunciou que o Estado proveria defesa legal para todos os agentes de Estado acusados de violações dos direitos humanos, mesmo que muitas vítimas não tenham representação legal. Sucessivos ministros da Defesa fizeram comentários muito críticos sobre as organizações de direitos humanos que defenderam sobreviventes e parentes de vítimas em casos de violações de direitos humanos e cobraram que a judicialização de casos de direitos humanos resultou na ‘perseguição’ das Forças Armadas peruanas. Houve repetidos esforços para aprovar as leis de anistia. Em 2008, uma deputada líder da APRA pediu anistia geral para militares e oficiais de polícia acusados de violações de direitos humanos, mas a iniciativa não prosperou. Em 2010, o presidente García aprovou o Decreto Executivo 1097, que critica os valores cobrados para anistiar agentes do Estado acusados de graves violações dos direitos humanos. Após as críticas nacionais e internacionais, García rescindiu a lei. O sistema de Justiça militar continuou a buscar julgar casos de direitos humanos, apesar da decisão do Tribunal Constitucional de 2005 de que isto é inconstitucional. Mais significativamente, existem preocupações reais de que Fujimori poderia ser agraciado com um perdão de García próximo do fim de seu mandato – ou de sua filha Keiko, caso ela houvesse vencido as eleições presidenciais de 2011.

A probabilidade de interferência política no processo judicial reflete não apenas o fato de que as atuais elites políticas no Peru poderiam ser colocadas no banco dos réus por violações dos direitos

77 Entrevista da autora, Promotor Público Víctor Cubas, Lima, junho de 2010.

78 A autora é diretora do projeto de pesquisa “Julgamentos de Direitos Humanos e Acesso à Justiça no Peru”; o principal objetivo do projeto é desenvolver um registro de casos de direitos humanos judicializados no Peru e documentos sobre a situação do processo de judicialização. Com base nas estatísticas preliminares, estima-se que 1700 denúncias foram apresentadas ao Ministério Público. Dessas, aproximadamente 900 foram encerradas devido à falta de provas ou informações insuficientes sobre as identidades dos perpetradores. Vinte e cinco sentenças foram proferidas e várias dezenas de casos estão atualmente em julgamento público ou aguardando o início das audiências públicas.

humanos⁷⁹. Também reflete uma recomposição de setores profundamente conservadores das Forças Armadas e o Direito político no Peru que se recusa a reconhecer qualquer irregularidade por parte dos militares no conflito interno armado no Peru, e que continua a perceber qualquer tentativa de responsabilizar membros individuais das Forças Armadas (ou ex-presidentes, como Fujimori) como um ato beligerante. Os mesmos setores frequentemente atacam a CVR como tendenciosa e acusam as organizações de direitos humanos de fazer avançar a agenda de ‘terroristas.’ Também são altamente críticos do Tribunal Interamericano, e de vez em quando surgem novos pedidos para retirar mais uma vez o Peru de sua jurisdição.

Mark Osiel argumentou que os julgamentos criminais podem ajudar a criar um quadro significativo para explorar publicamente as memórias traumáticas de violência política⁸⁰. O julgamento de Fujimori fez isso, mas apenas até certo ponto. A violência política no Peru já dura duas décadas e três presidentes, e aconteceu por meio de vários personagens. Em sociedades marcadas pelas divisões étnicas, regionais e de classes, pode haver menos apoio para processos criminais em casos de violações de direitos humanos que afetam apenas um subgrupo da sociedade do que, por exemplo, em casos de corrupção, que são vistos como sendo prejudiciais para toda a sociedade⁸¹. Nessas sociedades, o argumento muitas vezes apresentado é que julgamentos criminais por violações dos direitos humanos reforçariam velhas divisões. Esse não parece ser o caso no Peru, onde o tribunal que processou Fujimori foi amplamente percebido como legítimo e onde a maioria acreditou que Fujimori era de fato culpado por violações dos direitos humanos⁸². O fato de Fujimori também ter sido processado por corrupção e abuso de autoridade certamente reforçou essa visão. No entanto, continua a ser muito real hoje no Peru o medo de que os políticos ainda possam vencer a lei – uma lembrança sóbria dos motivos porque muitos terroristas e profissionais no campo da justiça transicional permanecem céticos da capacidade de julgamentos criminais tratarem adequadamente um legado de atrocidades. Contudo, o processo bem-sucedido do ex-presidente Fujimori representa uma conquista significativa para a promoção da responsabilidade e restituição às vítimas de atrocidades no Peru e em outros locais.

79 Os processos foram possíveis não apenas contra Alan García, mas também contra o líder da oposição Ollanta Humala, que foi comandante do Exército durante o conflito interno do Peru e esteve envolvido em graves violações dos direitos humanos. Coordenadora Nacional de Direitos Humanos, *Contexto de Violencia en la Región Nororiental y Sucesos de Base Militar de 'Madre Mía' (1992)* (2006).

80 Mark Osiel, ‘Ever Again: Legal Remembrance of Administrative Massacre,’ *University of Pennsylvania Law Review* 144(2) (1995): 463–704.

81 Lutz e Reiger, *supra* n 3 em 281.

82 Em uma votação em maio de 2009, 62% disseram que Fujimori era culpado pelas violações dos direitos humanos; 70% disseram que ele era culpado por corrupção; e 58% se opuseram a um perdão a Fujimori. *La República*, 11 de maio de 2009.

RESUMO

Em 7 de abril de 2009, Alberto Fujimori, presidente do Peru de 1990 a 2000, foi considerado culpado por graves violações dos direitos humanos e sentenciado a 25 anos de prisão – pena máxima permitida pela lei peruana. O processo e a condenação de Fujimori constituem um divisor de águas nos esforços para alcançar justiça depois das atrocidades cometidas no Peru e em todo o mundo. Este artigo explora os fatores que tornaram possível o julgamento de Fujimori. Ele examina a mudança global nas normas que favorecem a prestação de contas por violações dos direitos humanos que facilitaram a extradição e condenação de Fujimori; as interações entre essas mudanças globais na norma; os esforços locais para alcançar a prestação de contas por graves violações dos direitos humanos; e específicos fatores nacionais no Peru que favorecem a condenação. O artigo analisa o julgamento de Fujimori em termos de processo e resultado e destaca suas implicações para a política no Peru e em outros locais, bem como para o campo mais amplo da justiça transicional.



FONTE: ARQUIVO NACIONAL



ARTIGOS ACADÊMICOS



“NA ARGENTINA DA TRANSIÇÃO, A INFLUÊNCIA, A INTERAÇÃO OU O DIÁLOGO TRANSNACIONAL TÊM AUMENTADO. HÁ UMA PROGRESSÃO QUE VAI DESDE A RATIFICAÇÃO CONJUNTA DE VÁRIOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DOS DIREITOS HUMANOS NOS PRIMEIROS TEMPOS DA DEMOCRACIA, 1983 A 1985, E SUA CITAÇÃO EM SENTENÇAS DA CORTE SUPREMA, ATÉ A CONSAGRAÇÃO, PRIMEIRO JUDICIAL E, LOGO, POR MEIO DE UMA REFORMA CONSTITUCIONAL EM 1994, DA SUPREMACIA DO DIREITO INTERNACIONAL SOBRE AS LEIS NACIONAIS.”



CONSTITUCIONALISMO, PLURALISMO E TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA NA AMÉRICA LATINA

Milena Petters Melo

Doutora em Direito pela Universidade de Lecce – Salento (Itália), pesquisadora no Centro de Pesquisa sobre as Instituições Europeias – CRIE/UNISOB (Itália) e pesquisadora no Instituto Internacional de Estudos e Pesquisas sobre os Bens Comuns – IIERBC (França)

INTRODUÇÃO

Nas últimas três décadas, sob o impulso dos movimentos de “abertura democrática”, a estreita conexão entre o processo de (re)democratização, a constitucionalização dos sistemas jurídicos, a previsão de amplos catálogos de direitos fundamentais e o compromisso no sentido de desenvolver formas idôneas de garantia e de justiça constitucional denotam indubitavelmente uma nova fase da história constitucional e política na América Latina, que passou a ser caracterizada por sistemas orientados à tutela dos direitos fundamentais.

Dentre as tendências e inovações introduzidas pelas recentes constituições latino-americanas, uma das mais significativas é o pluralismo que aponta para uma reapropriação do Estado Constitucional, revisitando de forma crítica e criativa suas promessas não cumpridas e premissas não consideradas.

Mirando a tutela dos direitos fundamentais no Direito Constitucional comparado, o objetivo deste artigo é fazer uma breve análise das principais tendências do constitucionalismo latino-americano hodierno, em particular do pluralismo contemplado pelos novos textos constitucionais, e oferecer subsídios teóricos para a reflexão sobre esses temas que abrem novos caminhos para a democracia constitucional.

1. CONSTITUCIONALISMO E TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA NA AMÉRICA LATINA

A partir dos anos 80, na trilha do processo de transição democrática, a maior parte dos países da América Latina promulgou novas Constituições e/ou realizou importantes reformas constitucionais. Nesse período de reconstrução institucional, mesmo nas especificidades históricas, políticas e jurídicas de cada país, podem ser identificados elementos comuns relativos ao processo de “positivação constitucional” e às ‘matérias’ privilegiadas nos novos textos constitucionais – ou seja, o conteúdo dos direitos constitucionalmente assegurados – que marcam um momento de sintomática expansão do Direito Constitucional na região e alimentam o debate sobre um “novo constitucionalismo latino-americano”.

A POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL

No que concerne ao processo de positivação constitucional – processo constituinte ou de reforma constitucional – e o respectivo cenário sociopolítico no qual essas experiências constituintes ganharam espaço, pode-se afirmar que o atual constitucionalismo latino-americano é fruto de transições democráticas e relativamente pacíficas, favorecidas pelo auspiciado pacto político estabelecido entre os diferentes partidos, setores e movimentos sociais, o fim de legitimar e promover as escolhas constituintes.

Nessa direção, analisando as Constituições latino-americanas, Ortiz-Alvarez e Lejarza as classificam do ponto de vista cronológico em quatro períodos. No primeiro período se encontra a *Constitución Política de los Estados Mexicanos* (1917) e a *Constitución Política de Costa Rica* (1949). No segundo período, que corresponde aos anos 1960 e 1970, figuram a *Constitución de la República de Venezuela* (1961), a *Constitución de la República Dominicana* (1966), a *Constitución de la República Oriental del Uruguay* (1966), a *Constitución Política de Bolivia* (1967), a *Constitución Política de la República de Panamá* (1972) e a *Constitución de la República de Cuba* (1976). Um terceiro período, relativo aos anos 1980, compreende a *Constitución de Chile* (1980), a *Constitución de la República de Honduras* (1982), a *Constitución de la República de El Salvador* (1983), a *Constitución Política de la Guatemala* (1985), a *Constitución Política de la República de Nicaragua* (1987) e a *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). No quarto período, concernente à década de 90, encontra-se em gestação as modernas tendências do constitucionalismo latino-americano, com Constituições mais progressistas, como a *Constitución Política de Colombia* (1991), a *Constitución de la República de Paraguay*

(1992), a *Constitución Política de Perú* (1993), e a *Constitución Política de la República de Ecuador* (1993, com reformas em 1996).

No quarto período, que corresponde ao “constitucionalismo avançado” latino-americano, podem ser enquadradas também as Constituições dos três períodos anteriores que se “modernizaram” por meio de emendas e reformas constitucionais significativas.

Os dados relacionados por Ortiz-Alvarez e Lejarza são de 1997. Nos últimos anos, porém, alguns países promulgaram novas Constituições e em muitos países as revisões constitucionais são frequentes; no Brasil, por exemplo, fala-se de uma “compulsão” do poder de reforma constitucional. É oportuno ter presente, portanto, o contínuo movimento de atualização ou “aperfeiçoamento” dessas jovens democracias constitucionais e a instabilidade político-institucional que tem caracterizado os processos da abertura democrática – que estão se consolidando em alguns países da região com maior sucesso do que em outros.

Adotando a terminologia amadurecida na doutrina constitucional hodierna, é possível afirmar que já no final dos anos 90 o constitucionalismo latino-americano se caracterizava por uma difusa adesão à forma de Estado constitucional, *social e democrático de Direito*, radicada na ideia de força normativa da Constituição, que supera a concepção semântica da Constituição como documento predominantemente político e programático e propende pela sua imediata e direta aplicação.

Que nessa perspectiva o Estado democrático de Direito é, antes que um modelo abstrato, um paradigma de administração, planificação e promoção da vida social – que encontra os seus delineamentos (de forma e conteúdo) na força normativa da Constituição, na tutela dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e na promoção da justiça social, do desenvolvimento e do pluralismo democrático – emerge com clareza nos diversos preâmbulos das Constituições e nas específicas disposições constitucionais relativas à organização dos Estados, à ordem econômica e social e aos direitos e deveres dos cidadãos. O que leva à afirmação de uma concepção alargada de cidadania – tanto no que toca os direitos quanto os sujeitos tutelados –, a uma redefinição do espaço público e, portanto, a uma interação mais acentuada entre Estado e sociedade civil.

No âmbito específico dos direitos fundamentais da pessoa, as constituições latino-americanas apresentam inovações, que em certos casos constituem formas de “autêntica vanguarda constitucional” se comparadas aos sistemas europeus, no sentido em que são potenciados instrumentos de garantia voltados à substancial efetividade dos direitos reconhecidos e ao mesmo tempo se afirma “*una nozione più evoluta di persona, che pone il valore della libertà al*

fianco di quello di dignità e che, inoltre, arricchisce il principio di eguaglianza di nuovi significati". Afirmar-se assim o paradigma da "liberdade-igual", no qual, "à igualdade entendida como proibição de tratamento desarrazoadamente diferenciados, acompanham-se normas específicas contra discriminações e o reconhecimento de ações positivas" finalizadas a melhorar a situação de grupos, setores e sujeitos, de fato desfavorecidos pelo sistema social.

2. PRINCIPAIS TENDÊNCIAS DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

É possível afirmar que, nos anos 80 e 90, grande parte dos países da América Latina seguiram as principais tendências do constitucionalismo contemporâneo, sobretudo a partir de duas operações fundamentais: de um lado a expansão do catálogo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais consagrados nas Constituições (alargando os bens e os sujeitos tutelados), de outro a incorporação de novas garantias e institutos de controle jurisdicional e administrativo.

Nessa ordem de ideias, a tendência latino-americana consiste em assegurar a operacionalidade dos direitos e das garantias que a Constituição estabelece. A eficácia, a qual o sistema se predispõe, coliga-se a uma concepção normativa e realista da Constituição. Nesse novo espírito constitucional, os direitos são adjetivados de modo a reforçar e qualificar-lhes a efetividade – as Constituições tratam expressamente de "igualdade real", "tratamento equitativo e digno", "distribuição equitativa e solidária" – visando uma clara hierarquia de princípios e sua aplicabilidade direta e imediata. Visto que, como observa Roberto Dromi, "a operacionalidade e as formas jurídicas do automatismo de alguns direitos constituem a melhor garantia para o seu exercício a pleno direito, pois que não exige a incidência de outras vontades".

A atenção dada à força normativa da Constituição e a previsão da aplicabilidade direta – na medida em que se reconhece a imediata preceptividade das disposições constitucionais – impulsionaram uma progressiva jurisdicionalização do Direito Constitucional, com a criação de institutos *ad hoc* e órgãos competentes para assegurar o primado da Constituição sobre as outras fontes do Direito; dando vida, assim, a sistemas peculiares de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, caracterizados pela variedade e originalidade das disciplinas.

Já no final dos anos 90, portanto, é possível identificar, entre as principais tendências do moderno constitucionalismo latino-americano: 1. A ampliação dos catálogos de direitos fundamentais e a

proteção dos direitos humanos; 2. O aperfeiçoamento da tutela jurisdicional; 3. O garantismo constitucional, individual, coletivo e difuso; 4. A introjeção de figuras similares ao *ombudsman* e órgãos institucionais vigilantes dos direitos dos cidadãos e de controle da responsabilidade do Estado em tema de direitos humanos e direitos fundamentais; 5. A responsabilidade patrimonial do Estado; 6. A Constituição econômica, que reserva ao Estado a possibilidade de intervir e decidir as regras do jogo econômico na qualidade de Estado interventor e ‘prestacional’ que, a fim de realizar os objetivos da justiça social e do desenvolvimento socioeconômico, administra, planifica, controla e subvenciona a economia por meio de uma administração “*dirigente*”; 7. O Pluralismo político, cultural, social e multiétnico; e 8. O reforçamento dos direitos e deveres dos cidadãos como agentes corresponsáveis pela defesa da Constituição.

O “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO”

Mas é sobretudo na última década que o constitucionalismo na América Latina recebe nova linfa da promulgação das Constituições de Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009). Alguns autores, a propósito, sustentam que essas três Constituições formaram as bases do “novo constitucionalismo latino-americano”.

Nessa nova fase, conhecida também como “Constitucionalismo andino”, os textos constitucionais são elaborados por assembleias constituintes participativas, sendo posteriormente objetos de aprovação popular por meio de *referendum*. As cartas constitucionais são mais amplas, complexas e detalhadas, radicadas na realidade histórico-cultural de cada país e, portanto, declaradamente comprometidas com os processos de descolonização. Ao mesmo tempo, as novas Constituições conjugam a integração internacional à ‘redescoberta’ de valores, tradições e estruturas locais e peculiares, e estimulam, assim, um novo modelo de integração latino-americana, de conteúdo marcadamente social, que supera o isolacionismo intercontinental de origem colonial e enfatiza a solidariedade nesse novo contexto da integração.

Partindo do constitucionalismo clássico europeu, as novas Constituições procuram “avançar” sobretudo no que se refere ao pluralismo cultural e multiétnico, a inclusão social e participação política e a proteção ambiental, formando um quadro que visa o desenvolvimento sustentável: buscando equilibrar o uso dos recursos econômicos e ambientais e valorizar a diversidade histórico-cultural em favor de um modelo socioeconômico voltado a uma melhor qualidade de vida; o *bien vivir*, ou *sumak kawsay* (Constituição do Equador) e *suma qamaña* (Constituição da Bolívia).

A esse escopo é garantido o poder de intervenção pública na economia, em oposição ao modelo privatista e neoliberal – ‘sugerido’ pelas organizações econômicas internacionais e pelo capital

A tal fim, as Constituições estabelecem instituições paralelas de controle, fundadas na participação popular: o ‘*Poder Ciudadano*’ na Venezuela, o ‘*Control Social*’ na Bolívia e o ‘*Quinto Poder*’ no Equador

estrangeiro e ‘preferido’ pelas classes historicamente dominantes. Dos textos constitucionais resulta clara portanto a opção por um novo modelo de ordem econômica e social, inclusiva, participativa e solidária, em oposição à história que se desenvolveu dos primórdios da colonização aos dias atuais, que excluiu dos benefícios da produção econômica, social, cultural e política a grande parte dos cidadãos latino-americanos.

O novo modelo de Estado que se perfilha – que em razão do forte garantismo ambiental é chamado “Estado constitucional ambiental” ou “Estado de *welfare* ambiental” e por outros autores que sublinham o caráter pluralista é definido “Estado Plurinacional” ou “Estado Pluralista Multiétnico”

– promove a recuperação e uma releitura da categoria “soberania popular”, no sentido de ‘refundar o Estado’, promovendo a participação direta dos cidadãos e da sociedade civil organizada na elaboração e na aprovação da Constituição, bem como no controle e na gestão da administração. A tal fim, as Constituições estabelecem instituições paralelas de controle, fundadas na participação popular: o ‘*Poder Ciudadano*’ na Venezuela, o ‘*Control Social*’ na Bolívia e o ‘*Quinto Poder*’ no Equador. A subjetividade histórico-política e do ‘povo’, do conjunto heterogêneo de cidadãos, é enfatizada: como comunidade aberta de agentes constituintes, os cidadãos decidem os delineamentos efetivos do pacto social, ‘contratam’ e consentem o modo de governo do Estado, *no* Estado.

3. O PLURALISMO

Uma das principais tendências do constitucionalismo latino-americano contemporâneo consiste no reconhecimento jurídico e na tutela da diversidade e do pluralismo que caracteriza essas sociedades multifacetadas, mestiças e multiétnicas, que em muitos casos constituem efetivamente exemplos de Estados plurinacionais.

Esse novo caráter pluralista do Estado se manifesta em alguns países na previsão de um regime especial que protege os direitos das culturas ancestrais e aplica os postulados fundamentais dos direitos dos povos indígenas. Em outros países, o pluralismo das origens serve como princípio para reforçar a democracia contemporânea e, portanto, a herança cultural, nos seus aspectos

materiais e intangíveis, é protegida expressamente pelo texto constitucional, tanto em relação aos povos indígenas quanto aos afrodescendentes e às diferentes raízes europeias da colonização.

CONTEXTUALIZANDO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DESCOLONIZANDO O ESTADO

Como se sabe, tradicionalmente o modelo de Estado nas Constituições latino-americanas representou formas de organização totalmente *alienígenas* em relação à realidade cultural, social, econômica e territorial dos povos latino-americanos.

Nos diversos textos constitucionais se consolidou uma tradição que consagrava um modelo de Estado centralizado ou federal, com ordenamento territorial e administrativo que não considerava os diferentes fatores étnicos, sociais, culturais, o *modus vivendi* dos povos originários do continente. Povos que, dessa forma, foram “subordinados por um império de instituições pertencentes a outras realidades típicas das sociedades dominantes” .

Esse conceito de Estado e instituições alienígenas faz ressoar na memória as palavras de Sérgio Buarque de Holanda, na obra clássica “As raízes do Brasil”, de 1936. Nessa obra, o autor trata da origem da sociedade brasileira, mas a perspectiva das ideias e instituições “fora de lugar”, que levam o cidadão a se sentir estrangeiro na própria terra, é uma lente que pode ser usada para ampliar o olhar sobre o panorama social e institucional que caracterizou a região latino-americana desde a “conquista” espanhola ou o “descobrimento” português.

“A tentativa de implantação da cultura europeia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em consequências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e teimando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra. Podemos construir obras excelentes, enriquecer nossa humanidade de aspectos novos e imprevistos, elevar à perfeição o tipo de civilização que representamos: o certo é que todo o fruto de nosso trabalho e de nossa preguiça parece participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem.”

O novo constitucionalismo, seguindo a onda de democratização da região, procurou inverter essa caracterização “colonizada”, e colonizadora, do Estado, que passou a assumir delineamentos “mestiços” com fundamento na ideia de uma cidadania plural.

Muitos Estados latino-americanos, portanto, proclamaram constitucionalmente o pluralismo na base da sua organização social, cultural e política.

Nesse sentido, a valorização da diversidade social, étnica e cultural leva a uma transformação do esquema organizacional, subvertendo os princípios e as clássicas formas do Estado (homogêneo, centralizado, monista e historicamente elitista) e democratizando a participação política a partir de uma dinâmica dialógica entre igualdade e diversidade, que protege o direito de *ser igual* quando a diferença inferioriza, e o direito de *ser diferente* quando a igualdade descaracteriza. Essa tendência começa a ganhar corpo, em termos de abertura da democracia a novos direitos e novos sujeitos de direitos, entre o final dos anos 80 e o início dos anos 90, com a promulgação da Constituição brasileira (1988) e as sucessivas Constituições da Colômbia (1991), Paraguai (1992), Peru (1993), e com as reformas atuadas na Bolívia (1994), Nicarágua e Panamá (1995); consolidando-se como característica principal do novo constitucionalismo andino – em particular com as novas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que reconduzem o Estado à sua condição “natural” em diversos territórios da América Latina, ou seja, reconhecem e incrementam um modelo peculiar de *Estado plurinacional e comunitário*.

Os direitos dos povos indígenas são garantidos com artigos específicos nas Constituições da Argentina (art.75 ord.17), Brasil (231-232), Colômbia (art.7, 10, 63, 67, 72, 96, 246, 329, 330), El Salvador (art. 62, 70), Guatemala (art. 66, 70), Honduras (art. 173), México (art. 4), Nicarágua (art. 5, 121, 181), Panamá (art. 86, 104), Paraguai (art. 62-67) e Peru (art. 2 ord 19°, 48, 89, 149).

Em alguns países, como no Brasil, por exemplo, é reconhecida também a herança africana, mas os efeitos jurídicos dessa afirmação constitucional concernem predominantemente à valorização e à proteção do patrimônio cultural que lhe deriva. Essa proteção do pluralismo cultural se insere, assim, nas normas relativas à proteção dos bens culturais, que são asseguradas por previsões constitucionais: Brasil (art. 5, 215, 216), Colômbia (art. 63, 70,72), Costa Rica (art. 89), Cuba (art. 39), Chile (art. 19 ord. 10), El Salvador (art. 63), Guatemala (art. 57-56), Honduras (151, 172-176), México (art. 3 e 4), Nicarágua (art. 5, 58, 126-128), Panamá (art. 76-83), Paraguai (art. 81-83), Peru (art. 2 ord. 8 e 21), República Dominicana (art. 101) e Uruguai (art. 34).

Outros países, porém, avançaram ainda mais no reconhecimento do valor da herança dos povos ancestrais, como no caso do Paraguai (talvez o precursor dessa tendência), que na Constituição reflete em maneira autêntica a “cosmovisão” indígena, consagrando de modo explícito a preexistência de tal cultura, anterior à formação do Estado (art.62) e reconhecendo, como consequência fundamental da identidade étnica, o direito a aplicar livremente o sistema

originário de organização política, social, cultural e religiosa, e o respeito voluntário das normas consuetudinárias que regulam a convivência nas comunidades indígenas (ou seja, a adesão voluntária por parte dos sujeitos ao Direito Consuetudinário indígena).

Nessa perspectiva, a proteção constitucional da diversidade étnico-cultural e a valorização do patrimônio sociocultural dos povos indígenas comportam uma ineludível reformulação dos ordenamentos jurídicos, dado que o seu reconhecimento como “povo” implica o reconhecimento de uma sua particular identidade jurídica, política e social. Como consequência, emerge a reivindicação do direito à autonomia dos territórios indígenas, concebidos como capacidade de autodeterminação ou autogoverno e, ao mesmo tempo, uma efetiva participação no governo central.

Além disso, essa afirmação incide diretamente sobre o modelo de desenvolvimento econômico e o projeto de país desenhado na Constituição. Como resulta claro das disposições constitucionais no Equador e na Bolívia, que representam hoje, sem dúvida, um modelo avançado, criativo e corajoso de Estado constitucional pluralista e ecologicamente responsável.

A Constituição do Equador, por exemplo, no seu art. 275, estabelece que

o regime de desenvolvimento é um conjunto organizado, sustentável e dinâmico dos sistemas econômicos, políticos, socioculturais e ambientais, que garantem a realização do buen vivir, do Sumak Kawsay. O Estado planificará o desenvolvimento do país para garantir o exercício dos direitos, a consecução dos objetivos do regime de desenvolvimento e os princípios consagrados na Constituição. A planificação propiciará a equidade social e territorial, promoverá a concertação e será participativa, descentralizada e transparente. O buen vivir requer que as pessoas, comunidades, povos e nacionalidades gozem efetivamente de seus direitos e exerçam responsabilidades no marco da interculturalidade, do respeito a suas diversidades e da convivência harmônica com a natureza.

A Constituição da Bolívia, no seu art. 8, proclama os princípios ético-morais da sociedade plural e os pilares de sustentação do Estado:

- I. O Estado assume e promove como princípios ético-morais da sociedade plural: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (não sejas preguiçoso, não sejas mentiroso, nem sejas ladrão), *suma qamaña* (viver bien), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (terra sem mal) e *qhapaj ñan* (caminho ou vida nobre).

- II. O Estado se sustenta nos valores de unidade, igualdade, inclusão, dignidade, liberdade, solidariedade, reciprocidade, respeito, complementaridade, harmonia, transparência, equilíbrio, igualdade de oportunidades, equidade social e de gênero na participação, bem-estar comum, responsabilidade, justiça social, distribuição e redistribuição dos produtos e bens sociais, para viver bem.

Estabelecendo no art.306 que:

- I. O modelo econômico boliviano é plural e está orientado a melhorar a qualidade de vida e o *vivir bien* de todas as bolivianas e bolivianos.
- II. A economia plural está constituída por formas de organização econômica comunitária, estatal, privada e social cooperativa.
- III. A economia plural articula as diferentes formas de organização econômica sobre os princípios de complementaridade, reciprocidade, solidariedade, redistribuição, igualdade, segurança jurídica, sustentabilidade, equilíbrio, justiça e transparência. A economia social e comunitária complementarará o interesse individual com o *vivir bien* coletivo (...).
- IV. O Estado tem o ser humano como máximo valor e assegurará o desenvolvimento mediante a redistribuição equitativa dos excedentes econômicos em políticas sociais, de saúde, educação e cultura, e na reinversão em desenvolvimento econômico produtivo.

Essas são questões de peculiar complexidade no território latino-americano, visto que os textos constitucionais, na maior parte dos casos, foram muito além da realidade social, econômica e política de cada país. O reconhecimento formal dos direitos dos *povos ancestrais* atende ainda uma real eficácia social na região, e as experiências dos países que tentam “levar a sério” essas disposições constitucionais – como a Bolívia de Evo Morales, por exemplo – têm encontrado não poucas resistências internas e internacionais. Trata-se de um problema que toca toda a região amazônica (que cobre uma área geográfica de dimensão superior à Europa ocidental), onde os direitos constitucionais dos povos indígenas e a proteção ambiental devem fazer as contas com os projetos de desenvolvimento econômico e os interesses do capital nacional e estrangeiro. Nessa sede, é importante sublinhar que não se trata de um “gap” apenas do Direito Constitucional de cada país: também no Direito Internacional, o direito à autodeterminação dos povos é expressamente garantido, e mesmo assim a comunidade internacional não viabiliza o exercício desse direito de modo eficaz por parte dos povos indígenas.

Contudo, o reconhecimento e a valorização do pluralismo abriu uma estrada que leva a uma evolução progressiva do constitucionalismo e a uma democratização da democracia constitucional, demonstrando que na América Latina (ao menos do ponto de vista formal, que é já um início) a diversidade étnico-cultural e as consuetudes das culturas ancestrais são uma realidade que “não se contrapõe ao Direito Positivo interno, mas, ao contrário, o enriquece”, tanto segundo a perspectiva “universalista” dos direitos humanos quanto do ponto de vista do Direito Constitucional.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Do estudo dos textos das Constituições latino-americanas se observa o delineamento de um novo estágio do Estado Constitucional, que se abre a novos direitos e novos sujeitos de direitos, numa transição em direção a uma democracia plural (e intercultural) e ecologicamente responsável.

As inovações introduzidas pelas constituições latino-americanas seguem no sentido de enriquecer o “patrimônio comum do Direito Constitucional”, avançando onde o constitucionalismo europeu parou, especialmente no que tange à proteção ambiental, ao reconhecimento e à valorização das diversidades étnicas e socioculturais e a novas formas de participação política e fiscalização democrática do Estado.

O pluralismo previsto nos textos constitucionais latino-americanos envolve, portanto, novos significados se comparados ao pluralismo proclamado no constitucionalismo europeu, que é predominantemente considerado como pluralismo de ideias e posições políticas, protegido em prol da democracia representativa, da qual se encontra excluída a maioria dos estrangeiros que vivem nos países da União Europeia e que, no entanto, representam parte significativa da população e da cadeia de produção – uma população marginalizada e que se alarga exponencialmente à medida que crescem os conflitos sociopolíticos, econômicos e ecológicos que induzem os fluxos migratórios na trilha dos processos de globalização.

Ao mesmo tempo, o pluralismo, desenhado sobretudo nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), chama a atenção para o fato de que uma efetiva inclusão social não se dá apenas no sentido da abertura do jogo a novos sujeitos e da democratização do acesso aos bens materiais produzidos pela sociedade. A redistribuição da riqueza econômica não produz legitimidade se não é acompanhada pela redistribuição do poder político e cultural, por meio do reconhecimento da diferença, dos diálogos interculturais e, nos casos de Estados plurinacionais, também por meio da autonomia e do autogoverno. Por essa razão, o processo político hoje na América Latina tem necessariamente um horizonte mais amplo, porque seus resultados não são independentes dos direitos coletivos e difusos que incorporam transformações econômicas, políticas, culturais, ambientais, de mentalidades e de subjetividades.

Certo que essas observações partem da teoria e dos textos constitucionais, porém é necessário ter sempre presente que a comparação constitucional é um estudo de textos e contextos. Nesse sentido, a linguagem dos direitos fundamentais na América Latina, como na Europa, é sempre mais uma linguagem comum. No entanto, a grande distância entre os direitos constitucionalmente proclamados e os direitos materialmente conquistados é uma característica comum a todos os países latino-americanos e é exatamente por isso que a questão da concretização constitucional e da eficácia social dos direitos e garantias institucionais direcionadas a promover e assegurar uma efetiva democratização da vida política, econômica, social e cultural assume especial relevância nesse contexto.

BIBLIOGRAFIA

AAVV. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edições de 2001 a 2007, em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=dconstla&n=20071>.

AMIRANTE, Carlo. *Dalla Forma Stato alla forma Mercato*. Torino: Giappichelli, 2008.

_____. *Unioni Sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato*. Torino: Giappichelli, 2001.

ANDERSON, Gavin W, *Constitutional rights after globalization*, Oxford: Hart Publishing, 2005.

_____. "New Constitutionalism and the prospects for a New Constitutional Knowledge for the Global Age," Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, TBA, Berlin, Germany, Jul 25, 2007.

AZNAR, Inti Nahuel Pérez Aznar "Conocer la cara del repressor – Dos reflexiones sobre la publicidad de los juicios por delitos de lesa humanidad", *El Pais*, 17.02. 2009.

BALIBAR, Etienne. *Le frontiere della democrazia*. (trad. it. Andrea Catone). Roma: Manifestolibri, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. "Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos" in Walber de Moura Agra (org.), *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo, Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina., 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1992.

CARBONELL, Miguel, CARPIZO, Jorge e ZOVATTO, Daniel (org.) *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. México D. F: Universidad Nacional de México – UNAM, 2009.

CARDUCCI, Michele. *Por um direito constitucional altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DALMAU, Rubén Martínez. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución de Ecuador de 2008” in *Alter Justitia: Estudos sobre Teoría y Justicia Constitucional*. “Nueva Constitución Política: régimen del buen vivir e poder ciudadano”. Año 2, nº 1, Universidad de Guayaquil, Ecuador, 2008, pp. 17 – 28.

DROMI, Roberto. “Contenido e interpretación de los derechos constitucionales” in AAVV, “Interpretando la Constitución”, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1978

GILL, Stephen Gill and BAKKER, Isabella, *New Constitutionalism and the Social Reproduction of Caring Institutions*, “Special Issue: Challenges for Global Health in the 21st Century: Some Upstream Considerations”, *Theoretical Medicine and Bioethics*, Volume 27, Number 1, 35-57, Springer 2006.

HÄBERLE, Peter. *Lo Stato costituzionale*, (trad. it. F Politi e S. Rossi) Roma: Istituto dell’Enciclopedia Italiana, 2005.

_____. *Ermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris, 1997.

_____. *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo* in M. LUCIANI (org.) *La democrazia alla fine del secolo: diritti, eguaglianza, Nazione, Europa*. Roma-Bari: Laterza, 1994 (pp. 94-173).

_____. *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*. (trad. it. Paolo Ridola) Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris, 1991.

LEAL, Monia Clarissa Henning. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Berueri-São Paulo, 2003.

MELO, Milena Petters. *A concretização-efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais como elemento constitutivo fundamental para a cidadania no Brasil: Revista IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica- Janeiro-junho 2002. (34-35) p. 211-241.*

____. *Tupi or not Tupi? Entre modernismo, Tropicalismo e Pós-modernidade: breve ensaio sobre a identidade no Brasil*. Revista Brasileira de Direito Ambiental. São Paulo: Ed. Fiuza, ano 4, vol. 15, 2008, pp. 145-160.

____. *"Direitos humanos e cidadania"* in LUNARDI, Giovani e SECCO, Márcio (org.) *A fundamentação filosófica direitos humanos*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2010.

NEVES, Marcelo. *Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente*, in: Revista Acadêmica, ano 75. Recife, 1992

OMAGGIO, Vincenzo. *Teorie dell'interpretazione: giuspositivismo, ermeneutica giuridica, neocostituzionalismo*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003.

ONIDA, Valerio. *La Costituzione ieri e oggi*. Bologna, Il Mulino, 2008.

ORTIZ-ALVAREZ, Luis A. e LEJARZA, Jacqueline. *Constituciones latinoamericanas*. Caracas: Academia de Ciencias políticas y sociales, 1997.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. (4º ed.) São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROLLA, Giancarlo. *La tutela diretta dei diritti fondamentali da parte dei tribunali costituzionali in America Latina*—Centro di Ricerca sui sistemi costituzionali comparati, Università di Genova, 2006, /www.costituzionale.unige.it/crdc/centre/centre_publications.htm, consultado em 22.02.2009.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una Epistemología del Sur*. Buenos Aires: Antropofagia, 2010.

TORELLY, Marcelo D., *Justiça Transicional e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*, Dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição – Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, novembro 2010.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. *El derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, 2001,

VALADES, Diego. *El nuevo constitucionalismo iberoamericano*, in FERNANDEZ SEGADO, Francisco (org.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo iberoamericano*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2003..

VALADÉS, Diego e CARBONELL, Miguel (org.). *El Estado constitucional contemporáneo: culturas y sistemas jurídicos comparados*, Tomo I. México D. F: Universidad Nacional de México – UNAM, 2006.

VIEIRA, José Ribas. *Refundar o Estado: O novo constitucionalismo latino-americano*, material didático do curso de Teoria do Estado – UFRJ, disponível em [Uhttp://pt.scribd.com/doc/24243799/UFRJ-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano](http://pt.scribd.com/doc/24243799/UFRJ-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano), consultado em 10.12.2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo e Constitucionalismo*, conferência apresentada no Seminário Internacional “Culture giuspubblicistiche e società nell’America Latina di oggi”, Universidade do Salento, Brindisi – Itália, 28 e 29.01.2011.

MILENA PETTERS MELO

Doutora em Direito pela Universidade de Lecce – Salento, Itália

Pesquisadora no Centro de Pesquisa sobre as Instituições Europeias – CRIE/UNISOB, Itália

Pesquisadora no Instituto Internacional de Estudos e Pesquisas sobre os Bens Comuns – IIERBC, França

Coordenadora do Centro Didático Euro-Americano sobre Políticas Constitucionais – UNISALENTO, Itália

Professora do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional – UNIBRASIL

ABSTRACT

Taking in consideration the new trends of the Latin American constitutionalism, regarding specially the protection and guaranties of the fundamental rights, this article highlights the advancement for the constitutional common heritage introduced by the recent Latin American constitutions, in particular the pluralism and the challenges for the “democratization” of the constitutional democracy.

PICHAÇÃO EM RUA DO RIO DE JANEIRO. 14 DE AGOSTO DE 1979.

FONTE: ARQUIVO NACIONAL.



CRIMES DA DITADURA MILITAR E O “CASO ARAGUAIA”: APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS BRASILEIROS

Luiz Flávio Gomes

Doutor em Direito Penal pela Universidade Complutense de Madri, mestre em Direito Penal pela USP e diretor-presidente da Rede de Ensino LFG

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Pós-doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, doutor summa cum laude em Direito Internacional pela UFRGS e mestre em Direito Internacional pela Unesp

1. INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios do Direito Penal no século XXI, sem sombra de dúvida, será conciliar sua clássica formatação legalista, vinculada à soberania de cada país, com as novas ondas (terceira e quarta ondas) do internacionalismo. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sua sentença de 24 de novembro de 2010, declarou a invalidade da Lei de Anistia brasileira, que acobertava os crimes cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura (1964-1985). Isso significa a obrigação do Brasil de apurar, processar e, se for o caso, punir todos esses delitos. O STF, em abril de 2010, havia declarado a validade da Lei de Anistia. Ocorre que sua decisão

não entrou no tema da inconvenção da lei citada¹. A Justiça internacional está mandando o Brasil investigar tais crimes. Para o STF, isso não seria possível. Como resolver todos esses conflitos típicos da pós-modernidade? A Justiça internacional vale mais do que o STF? Como fica a soberania do Brasil? Os juízes brasileiros são obrigados a respeitar a jurisprudência da Corte Interamericana?

Este ensaio pretende responder todas essas questões intrincadas, assim como demonstrar qual a eficácia das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil, em especial após a condenação do País no “Caso Araguaia”, em que a Corte da OEA anulou a Lei de Anistia brasileira, abrindo a possibilidade de revisão (pelo Judiciário brasileiro) dos crimes de tortura, morte e desaparecimento cometidos no Brasil durante o período da ditadura militar (1964-1985)².

Nas linhas abaixo, procuraremos demonstrar qual a eficácia das decisões dos tribunais internacionais (de direitos humanos) no Direito brasileiro, bem como o dever do Judiciário nacional de cumprir tais decisões em prazo razoável³.

2. O JULGAMENTO RELATIVO AO “CASO ARAGUAIA” E SUA REPERCUSSÃO NO BRASIL

Logo que anunciada a sentença de 24 de novembro de 2010 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o “Caso Araguaia” (desaparecimento de pessoas durante a ditadura militar brasileira), todos constatamos vários focos de rejeição à referida sentença, alguns partindo inclusive de ministros do STF. Essa refutação (de certa forma contundente) naturalmente nos conduz a refletir sobre a aceitação e obrigatoriedade de aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos juízes e tribunais brasileiros.

1 Para mais detalhes, v. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 160-165.

2 Sobre o dever de tutela judicial dos Estados que fazem parte do sistema interamericano de direitos humanos, v. Sabsay, Daniel A. El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: CELS, 2004. p. 229 e ss. Ainda: Kawabata, J. Alejandro. Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 351 e ss. Especificamente sobre o “Caso Araguaia”, v. Santos, Roberto Lima. *Crimes da ditadura militar: responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação aos direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

3 Albanese, Susana. *El plazo razonable en los procesos a la luz de los órganos internacionales*. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 247 e ss.

A Lei de Anistia brasileira viola vários tratados internacionais (especialmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969) e não possui nenhum valor jurídico, sobretudo o efeito de acobertar os abusos cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura militar

uma decisão tomada no âmbito internacional, não no interno. Na prática [a decisão da Corte] não terá efeito nenhum”⁵.

Para o ministro Jobim (ex-ministro do STF e atual ministro da Defesa), a decisão da Corte Interamericana “é meramente política e sem efeito jurídico. O processo de transição no Brasil é pacífico, com histórico de superação de regimes, não de conflito”⁶.

Como veremos ao longo deste ensaio, são totalmente equivocadas (do ponto de vista jurídico) tais declarações. No caso dos crimes da ditadura, como temos enfatizado, o melhor caminho foi seguido pelos ministros Lewandowski e Ayres Britto (que foram votos vencidos na decisão do STF sobre a validade da Lei de Anistia).

Frise-se de antemão que o STF, no dia 3 de dezembro de 2008, decidiu (historicamente) que os tratados internacionais de direitos humanos valem mais do que a lei e menos que a Constituição, estando no nível supralegal no País (cf. RE 466.343/SP)⁷. Ainda que não tenha a Suprema Corte atribuído nível constitucional aos tratados de direitos humanos (por um voto

Começemos pelas declarações do ministro Cezar Peluso, que é o atual presidente do STF: “A decisão da Corte só gera efeitos no campo da Convenção Americana de Direitos Humanos (...); caso as pessoas anistiadas sejam processadas, é só recorrer ao STF. O Supremo vai conceder *habeas corpus* na hora.” Disse ainda que a decisão da Corte “só vale no campo da convencionalidade”⁴.

Para o ministro Marco Aurélio, “o governo está submetido ao julgamento do STF e não pode afrontá-lo para seguir a Corte da OEA. É uma decisão que pode surtir efeito ao leigo no campo moral, mas não implica cassação da decisão do STF. Quando não prevalecer a decisão do Supremo, estaremos muito mal. É

4 V. *Jornal O Estado de S. Paulo*, de 16.12.2010, p. A12; e *Jornal Folha de S. Paulo*, de 16.12.2010, p. A15.

5 Idem.

6 V. *Jornal O Globo*, de 16.12.2010, p. 18.

7 Nossa posição (o leitor verá melhor abaixo) sempre foi a de que os tratados de direitos humanos guardam nível *constitucional* no Direito brasileiro.

faltante apenas), o certo é que trilhou o STF o caminho juridicamente correto (de respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, tal como vem sendo construído e seguido por todos os países civilizados).

A Lei de Anistia brasileira viola vários tratados internacionais (especialmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969) e não possui nenhum valor jurídico, sobretudo o efeito de acobertar os abusos cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura militar⁸.

Como observação preliminar, vale sublinhar o seguinte: as declarações citadas dos ministros do STF partem da premissa de um ordenamento jurídico *dualista* (o Direito interno não teria nenhuma relação com a ordem internacional; cada qual teria sua autonomia e eficácia). Isso já vem sendo desconsiderado (no âmbito da doutrina internacional atualizada) há muitas e muitas décadas. Sobretudo agora que entrou em vigor no Brasil a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que adota nitidamente o sistema *monista* (o Direito é uno e indivisível).

A sentença da Corte Interamericana valeria (de acordo com as mencionadas declarações) “só no plano moral”, “só no plano internacional”, “só no campo da convencionalidade”, “só no plano político” etc. Racharam o Direito brasileiro ao meio (como se isso fosse, hoje, possível): Direito nacional de um lado (em que o STF reina de forma absoluta) e o Direito Internacional de outro (aparentemente alheio à nossa brasilidade...). Este último seria um ordenamento jurídico alegórico, retrato de uma simples carta de esperança, um conjunto de regras somente políticas ou somente morais, sem a força coativa do Direito. Nada mais equivocado, de acordo com a decisão da CIDH (que detalharemos mais adiante).

A premissa (e preocupação) primeira de todos os tratados de direitos humanos é a seguinte: todas as violações de direitos das vítimas, quando não amparadas pelo Judiciário local, nacional, podem e devem ser apreciadas pelo sistema interamericano de direitos humanos⁹.

As declarações retrorreferidas se explicam em razão (muito provavelmente) da tradicional convivência de setores do Judiciário brasileiro com a chamada “legalidade autoritária”, conforme denunciam Paulo Sérgio Pinheiro e Anthony Pereira no livro *Ditadura e repressão*¹⁰.

8 Cf. sentença de 24.11.2010 da CIDH, parágrafo 147 e ss.

9 Para uma análise mais profunda, v. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. The Inter-American human rights protection system: structure, functioning and effectiveness in Brazilian law. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México: UNAM, 2011. vol. XI, p. 331-367.

10 Pereira, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010 (prefácio de Paulo Sérgio Pinheiro).

O Ministério das Relações Exteriores, em nota¹¹, prontamente disse que vai cumprir a decisão da CIDH. A decisão obriga o governo brasileiro (logo, também o STF). Não se trata de pretender ou não cumprir a sentença. O que está em jogo é que o país (a *República* brasileira) tem a *obrigação* de cumprir a decisão internacional. Os ministros do STF não têm responsabilidade internacional; falam, portanto, em defesa dos seus pontos de vista. Suas declarações, no entanto, em termos internacionais, não possuem qualquer valor jurídico.

Aliás, como bem enfatizou a sentença de 24.11.2010 da Corte Interamericana, nem sequer a decisão do STF, que validou a Lei de Anistia em abril de 2010, possui qualquer tipo de relevância (ou obrigatoriedade/eficácia) no plano jurídico internacional. A Corte não revogou a decisão do STF, porque não é essa a sua função. Ela simplesmente analisou a decisão do STF no plano do controle de convencionalidade¹². E concluiu que o STF não levou em conta os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (em especial a Convenção Americana sobre direitos Humanos de 1969) na sua decisão. Daí certamente a fonte do seu equívoco.

A Corte, no momento em que obriga a República brasileira, também obriga o STF (que dela faz parte).

E se o STF não acatar a decisão da Corte, dando *habeas corpus* para os torturadores da ditadura? Nova violação à Convenção Americana de Direitos Humanos passa a ocorrer. E nova condenação da mesma Corte contra o Brasil pode existir (podendo até mesmo haver a exclusão do País da OEA). Mais problemas internacionais para o Brasil.

O bonde da história do Direito está navegando e o Judiciário brasileiro, ao que parece neste primeiro momento, não está percebendo suas evoluções. O certo é que o Brasil não pode destoar dos seus vizinhos (Argentina, Chile etc.¹³), que já cumprem, há vários anos, rigorosamente, as decisões da Corte Interamericana. Todo o Continente Americano (com exceção dos Estados Unidos) vem afinando sua jurisprudência com a da Corte da OEA.

Como se demonstrará em seguida, o Direito Internacional dos Direitos Humanos não pode deixar de ser aplicado pelos juízes e tribunais brasileiros.

11 Disponível em: <www.folha.com>, de 15.12.2010.

12 V. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional...* cit., p. 160-165.

13 Sobre o cumprimento dos tratados internacionais pelos países latino-americanos: Dulitzky, Ariel. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 33 e ss. No que diz respeito especificamente à Argentina: Bidart Campos, Germán J. El artículo 75, inciso 22, de La Constitución Nacional. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 77 e ss.

3. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Tendo em conta a evolução histórica do Direito Internacional e do nosso próprio ordenamento jurídico, o tema da aplicação (e respeito) do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos juízes e tribunais brasileiros pode ser organizado e analisado em quatro etapas: (a) internacionalização dos direitos humanos; (b) adesão formal do Brasil ao Direito Internacional dos Direitos Humanos; (c) reconhecimento da força normativa (hierarquia superior) do Direito Internacional dos Direitos Humanos; (d) respeito e internalização (aplicação) do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos juízes e tribunais locais. Vamos cuidar, desde logo, do primeiro aspecto da questão.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos nasceu com toda intensidade após o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). As atrocidades da primeira metade do século XX (lamentavelmente os *fascismos* e *nazismos* continuaram, em alguns pontos do planeta, na segunda metade daquele século) levaram incontáveis nações soberanas a, juntas, darem autonomia a esse ramo do Direito chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, hoje tido como ramo autônomo das Ciências Jurídicas¹⁴.

O internacionalismo (internacionalização do Direito) tem sua certidão de nascimento original na famosa Carta da ONU de 1945. A perspectiva definitiva dos direitos humanos (e fundamentais) se materializou posteriormente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (que constitui o documento fundante do universalismo) e ganhou corpo operacional com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos adotados pelas Nações Unidas em 1966). Depois disso, vieram outros incontáveis tratados internacionais.

Relevo sintetizador e definidor, nesse período histórico, no entanto, tem mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, marcando vez por todas a era internacional dos direitos e a asserção do tema “direitos humanos” à ordem internacional do dia¹⁵.

A partir da Declaração Universal, a sociedade internacional passou a contar com inúmeros tratados e convenções sobre direitos humanos, pertencentes tanto ao sistema global (da ONU) quanto aos sistemas regionais de direitos humanos (o Brasil, como veremos, aderiu formalmente a

14 V. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 803.

15 Abregú, Martín. La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). *Op. cit.*, p. 3 e ss.

praticamente todos os tratados internacionais nessa área). Adicionalmente, foram sendo criadas as jurisdições internacionais, com o escopo de fazer valer o *corpus juris* dedicado aos direitos humanos.

3.1 COMPLEMENTARIDADE DA TUTELA INTERNACIONAL

A responsabilidade pela aplicação de todo esse “novo” ramo do Direito, no entanto, não é exclusiva dos tribunais internacionais. A bem da verdade, a obrigação primeira de fazer valer os seus termos é de cada Estado, que está compelido a dar respostas efetivas sempre que não tenha evitado as agressões contra os direitos humanos. No contexto regional interamericano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é clara ao reconhecer, nos considerandos iniciais, que “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, *coadjuvante* ou *complementar* da que oferece o Direito interno dos Estados Americanos”.

Na sentença do caso *Araguaia* (sentença de 24.11.2010, parágrafo 140), a Corte Interamericana, a propósito, sublinhou que:

(...) a obrigação, conforme o Direito Internacional, de processar e, caso se determine sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos decorre da obrigação de garantia, consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Essa obrigação implica o dever dos Estados-Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, caso seja possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos provocados pela violação dos direitos humanos. Se o aparato estatal age de modo que essa violação fique impune e não se restabelece, na medida das possibilidades, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que se descumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas a sua jurisdição o livre e pleno exercício de seus direitos.

A tutela internacional é, nesse contexto, *coadjuvante* ou *complementar* às jurisdições nacionais. Ou seja, primeiro e antes de tudo, a obrigação de fazer valer todo o ordenamento jurídico

específico dos direitos humanos é dos Estados (e de todos os seus poderes) que fazem parte dos tratados.

A mesma Corte, na citada sentença, no parágrafo 31, afirmou:

Isto é, em conformidade com o preâmbulo da Convenção Americana, a proteção internacional de natureza convencional é coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

No seguinte parágrafo (32), enfatizou que:

A proteção exercida pelos órgãos internacionais tem caráter subsidiário, e o propósito de uma instância internacional não é revisar ou reformar a sentença interna, mas constatar se a referida sentença está em conformidade com as normas internacionais.

Não agindo o Estado, deve então processar-se a queixa ou reclamação perante a Corte Interamericana, cujo poder decisório (por autorização do próprio Estado que ratificou o tratado respectivo) está acima do das jurisdições nacionais.

3.2 INTERDEPENDÊNCIA ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO

Não existe, destarte, uma relação de independência (absoluta) entre a jurisdição internacional e a nacional (local). Melhor dito, a relação é de interdependência, visto que o escopo das duas esferas normativas e jurisdicionais (internacional e interna) conflui para um denominador comum: dar vida e força a todas as disposições relacionadas com a proteção dos direitos humanos, harmonizando as internas com as internacionais, a jurisprudência local com a jurisprudência dos tribunais não locais.

Pode-se também dizer que, na pós-modernidade jurídica, as relações entre o Direito Internacional e o Direito interno são relações *dialógicas*, em que um ordenamento “dialoga” com o outro a fim de escolherem (juntos) qual norma (internacional ou interna) será aplicada no caso concreto quando presente uma violação de direitos humanos¹⁶.

¹⁶ Sobre o tema, v. o estudo de Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. Sobre o Direito na pós-modernidade, v. Bittar, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. 541p.; Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. *Revista Forense*, ano 106, vol. 412, Rio de Janeiro, p. 467-485, nov.-dez. 2010.

3.3 DO PRINCÍPIO DO *DOMESTIC AFFAIR* AO DO *INTERNATIONAL CONCERN*

Como já sublinhamos anteriormente, importa observar que nessa fase internacionalista do Estado, do Direito e da Justiça, o princípio do *domestic affair* (ou da não ingerência), que limitava o Direito Internacional às relações entre Estados no contexto de uma sociedade internacional formal, evoluiu para o do *international concern*, que significa que o gozo efetivo, pelos cidadãos de todos os Estados, dos direitos e liberdades fundamentais passa a ser verdadeira *questão de Direito Internacional*¹⁷.

Na prática, tal significa que agora temos também juízes *internacionais* para tutelar nossos direitos violados, e não mais apenas juízes *internos* a exercer esse tipo de proteção. Estes últimos já não têm mais a última palavra quando se trata de amparar um direito humano ou fundamental.

Antigamente, a proteção dos direitos humanos fundamentais era uma questão puramente doméstica (interna), de cada país. O Direito Internacional não interferia nas questões internas. Agora não, pelo seguinte: a proteção dos direitos humanos fundamentais é a finalidade precípua de todos os sistemas jurídicos locais e internacionais. A tutela dos direitos humanos fundamentais é, portanto, também uma questão internacional.

Quem sofre a violação de um desses direitos e não é atendido internamente pode sê-lo internacionalmente (no nosso caso, pelo sistema interamericano de proteção dos direitos humanos). Os juízes internos, no modelo constitucionalista, passaram a ser os “fiscais” da constitucionalidade – assim como da convencionalidade – das leis e da observância dos direitos humanos fundamentais.

Uma observação importante: a Corte Interamericana não revisa as decisões dos tribunais locais diretamente. Indiretamente isso acaba acontecendo, em razão da sua preocupação de verificar se esses tribunais decidiram a questão em consonância com as obrigações assumidas pelo Brasil por meio dos tratados internacionais. Na sentença do caso *Araguaia*, parágrafo 176, a Corte proclamou:

Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão

17 V. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Curso de direito...* cit., p. 818-819; Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direito supra-constitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 79; Andrade, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 19-20.

obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

É importante a obrigação que coloca a Corte Interamericana de os juízes e tribunais internos controlarem a convencionalidade das leis no país, verificando se tais leis estão ou não de acordo com os tratados de direitos humanos aqui em vigor. Caso alguma lei (ou norma de Direito interno) esteja em desacordo com o estabelecido por tais tratados (em especial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos), deve operar-se de imediato sua *invalidade* jurídica (ainda que continue *vigente* no Estado)¹⁸.

Foi exatamente isso que ocorreu com a Lei de Anistia brasileira: ela não passou no teste (no exame) de compatibilidade (vertical) com a Convenção Americana, sendo, portanto, totalmente *inválida* na ordem jurídica brasileira (ainda que esteja, formalmente, *vigente*)¹⁹.

3.4 ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL E ESTADO DE DIREITO INTERNACIONAL

Importante sublinhar, de outro lado, que o surgimento do Estado de Direito internacional (ou seja: internacionalização dos direitos humanos) não significou o fim do Estado de Direito constitucional e legal. As duas primeiras ondas evolutivas do Direito (*legalismo* e *constitucionalismo*) não desapareceram com o irrompimento da terceira onda (do *internacionalismo*) e muito menos com a quarta onda (do *universalismo*)²⁰.

18 V. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional...* cit., p. 95-116.

19 Leis *vigentes* não se confundem com leis *válidas*. Enquanto a vigência pressupõe a regularidade *formal* da lei em determinada ordem jurídica, a *validade* pressupõe sua conformidade *material* com as normas constitucional e dos tratados de direitos humanos em vigor no país. V., por tudo: Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. p. 20-22; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais...* cit., p. 186-194.

20 Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional...* cit., p. 77 e ss.

Todas essas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça contribuíram (e contribuem) para deixar claro o papel do Estado no que tange à proteção dos direitos humanos, notadamente sob a ótica do Direito Internacional Público pós-moderno, que não admite o esquecimento dos piores e mais bárbaros crimes já cometidos (como tortura, sequestros, mortes ilegais etc.).

3.5 ESTRUTURA NORMATIVA DO ESTADO DE DIREITO INTERNACIONAL

Há o sistema global (universal) de proteção dos direitos humanos (regido pela ONU, além de suas agências especializadas) e existem também os sistemas regionais (que atualmente são três: o interamericano, o europeu e o africano) de proteção desses mesmos direitos.

Cada um desses sistemas possui estrutura jurídica própria. Essa nova conformação jurídica do Direito forma o que se pode chamar de constitucionalismo mundial, que nada mais é do que a soma do constitucionalismo mais a internacionalização e universalização do Direito.

No Estado de Direito internacional possuem relevância ímpar não apenas as leis e a Constituição de cada Estado, senão também o Direito Internacional dos Direitos Humanos (e todos os seus instrumentos de proteção)²¹.

O Estado de Direito internacional é constituído, portanto, de normas infraconstitucionais, constitucionais e, sobretudo, *internacionais*. Sete são as fontes normativas do Direito na atualidade: (1) leis e códigos (plano da legalidade) e seus princípios; (2) constituição e seus princípios; (3) jurisprudência constitucionalizada; (4) tratados internacionais, destacando-se entre eles os tratados internacionais de direitos humanos (TIDH) e seus princípios; (5) jurisprudência do SIDH (Comissão e Corte Interamericanas); (6) Direito universal (especialmente o *jus cogens*) e seus princípios; e (7) jurisprudência internacional dos órgãos universais.

3.6 A NOVA CONSTRUÇÃO DE UM “DIREITO DIALÓGICO”

A consequência da evolução do Direito (pelas *ondas* evolutivas acima estudadas) é o surgimento de um “Direito dialógico”, em vez do velho e conhecido “Direito dialético”. Nesse sentido, se faz necessário um “diálogo das fontes”²², de forma que “a Constituição não exclui a aplicação dos tratados, e nem estes excluem a aplicação dela, mas ambas as normas (Constituição e tratados) se

21 Gomes, Luiz Flávio; Vigo, Rodolfo Luis. *Do Estado de Direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça)*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 46-93.

22 V. Jayme, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), p. 259.

A primeira e principal característica do Estado e do Direito, depois da internacionalização dos direitos humanos, reside na pluralidade de fontes normativas, heterogêneas e hierarquicamente distintas

excluir uma fonte em detrimento da outra, esse novo tipo de Estado (pós-moderno por natureza) aceita o “diálogo” entre essas mesmas fontes²⁵.

unem para servir de obstáculo à produção normativa doméstica infraconstitucional que viole os preceitos da Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte²³.”

O Direito dialógico, então, é a “articulação da legislação nacional com a internacional²⁴”, que agora caracteriza o Estado de Direito internacional, à medida que, em vez de

A primeira e principal característica do Estado e do Direito, depois da internacionalização dos direitos humanos, reside na pluralidade de fontes normativas, heterogêneas e hierarquicamente distintas. Essa proliferação de normas (sem contar as de *soft law* e as de direito “vago” ou *fuzzy*) parece ocorrer de forma anárquica, necessitando de um ponto de equilíbrio²⁶. Esse ponto de equilíbrio reside justamente na incidência do chamado princípio *pro homine*, que manda aplicar sempre a norma mais favorável ao ser humano sujeito de direitos²⁷.

Por esse motivo é que, hoje, somente a complexa (e correta) articulação (diálogo) de todas as suas distintas fontes normativas (normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais) é que possibilita (a) aproximar a uma justa solução para os conflitos, sobretudo os que envolvem os direitos humanos; e (b) redimensionar o verdadeiro conteúdo do devido processo legal.

O operador jurídico, assim como o juiz de Direito em especial, não pode desconhecer nesse novo modelo de Estado, os três conjuntos normativos mencionados: internacional, constitucional e infraconstitucional. Tampouco podem desconhecer a jurisprudência interna e a internacional.

De outro lado, não se pode ignorar, dentro do Direito Internacional, o caráter *sui generis* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que goza de prestígio diferenciado (conforme veremos mais abaixo).

23 Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais...* cit., p. 214.

24 Gordillo, Agustín (et al.). *Derechos humanos*. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005. p. 5, Cap. II.

25 Jayme, Erik. Op. cit., p. 259.

26 Delmas-Marty, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 73-74.

27 Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional...* cit., p. 110 e ss. Ainda sobre o princípio *pro homine*: Pinto, Mônica. El principio pro homine: criterios de hermenêutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 163 e ss.

4. ADESÃO FORMAL DO BRASIL AO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Parece não haver dúvida que é bastante significativo o avanço do Estado brasileiro (nas últimas décadas) no que se refere à adesão ao movimento (e ao Direito) internacional dos direitos humanos, que ganhou singular impulso (como já sublinhamos) depois da Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

A *internacionalização* dos direitos humanos e o fato da sua *singularidade* (cuida-se de um conjunto normativo *sui generis*), ao lado da falência do positivismo legalista (contratualista), constituem provavelmente a transformação jurídica mais destacada do século XX. A Declaração Universal de 1948 foi, nesse campo, um marco político e jurídico de importância indiscutível.

Do ponto de vista normativo (plano em que se desenvolve a democracia formal), o cenário brasileiro, especialmente depois da Constituição de 1988, é claramente distinto do precedente (quando nosso país era governado pelo regime militar)²⁸.

Recorde-se que o Brasil é signatário de praticamente todos os documentos internacionais sobre direitos humanos, tanto do sistema global como do sistema regional interamericano²⁹. Na sua quase totalidade, os tratados e convenções de direitos humanos foram ratificados e se acham em vigor em nosso país. Restava para o Brasil dar vigência à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que conquanto não seja um tratado de direitos humanos é o “tratado dos tratados”, e também esse mister foi cumprido³⁰.

28 Sobre as dimensões *formal* e *material* da democracia, v. Ferrajoli, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim (et al.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 108-113.

29 No sistema global são eles: Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948); Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979); Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999); Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998). No sistema regional interamericano são eles: Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988); Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994); Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

30 Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil em 25.09.2009, tendo sido promulgada internamente (com reservas aos arts. 25 e 66) pelo Decreto 7.030, de 14.12.2009.

De qualquer forma, estar integrado internacional e normativamente ao movimento global de tutela dos direitos humanos fundamentais não significa automaticamente que esses direitos estejam sendo satisfatoriamente respeitados no nosso território ou que o Brasil já tenha alcançado níveis mínimos de tutela desses mesmos direitos.

O acesso ao Judiciário brasileiro, v.g., ainda é muito precário. A impunidade, sobretudo quando tem origem em “operações ou cruzadas militares”, ainda é enorme. Os direitos sociais são precariamente atendidos etc. Em outras palavras, o Brasil é, sem sombra de dúvida, sujeito ativo de muitas violações de direitos humanos, ou seja, é autor de muitos *ilícitos internacionais* em matéria de direitos humanos (crimes *jus-humanitários*)³¹. Seja em razão de violência dos seus próprios agentes, seja por força de sua omissão, certo é que o Estado brasileiro já começou a responder por esses ilícitos perante os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Já desde as primeiras denúncias contra o Brasil junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (casos do presídio Urso Branco em Rondônia, assassinatos de crianças e adolescentes no Rio de Janeiro etc.) ficava patente o quanto a tutela interna dos direitos humanos ainda está defasada em nosso país. O Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, e sua primeira condenação por ela ocorreu no “Caso Damião Ximenes³²”. O governo Lula (neste caso citado) acatou imediatamente a decisão da Corte e pagou às vítimas a indenização arbitrada. No “Caso Araguaia”, espera-se que o governo (e também o Judiciário) cumpra da mesma forma a sentença.

5. RECONHECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA (HIERARQUIA SUPERIOR) DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Existe hierarquia entre tais normas (legais, constitucionais e internacionais) no Direito brasileiro? O Direito Internacional dos Direitos Humanos conta com natureza *sui generis*?

31 Sobre a configuração desses ilícitos: Zaffaroni, Eugenio R. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo: Editorial B de F, 2005. p. 124 e ss.

32 Por força do Decreto 6.185, de 13.08.2007, o presidente da República autorizou a Secretaria Especial dos Direitos Humanos a dar cumprimento à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que determinou o pagamento de indenização aos familiares da vítima.

Não existe nenhuma dúvida que o Direito Internacional dos Direitos Humanos possui *status* diferenciado no plano do Direito interno dos Estados. Em praticamente todos (senão todos) os ordenamentos jurídicos é assim. No Brasil não poderia ser diferente. Com efeito:

- a) os direitos e garantias previstos na Constituição (art. 5.º, § 2.º) “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Esse dispositivo constitucional sempre nos permitiu subscrever a tese da constitucionalidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira (tese esta que, sustentada pelo ministro Celso de Mello no STF, ficou minoritária, como veremos *infra*);
- b) a EC 45/2004 (*Reforma do Judiciário*) autoriza que os tratados de direitos humanos tenham “equivalência” de Emenda Constitucional, desde que seguido o procedimento contemplado no § 3.º do art. 5.º da Constituição (votação de três quintos, em dois turnos em cada Casa Legislativa);

Constitui exemplo disso hoje a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, e promulgados pelo Decreto 6.949, de 25.08.2009 (que entraram no Brasil com valor de Emenda Constitucional, por terem sido aprovados pelo Congresso com *quorum* qualificado – Decreto Legislativo 186, de 09.07.2008).

- c) depois de décadas de atraso em matéria de Direito Internacional, finalmente a Corte Suprema brasileira reconheceu (em 03.12.2008) o valor (no mínimo) supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos (RE 466.343-1/SP e HC 87.585/TO); foi vencedora (por ora) a tese do ministro Gilmar Mendes (por cinco votos a quatro), não a tese do valor constitucional (defendida no STF pelo ministro Celso de Mello, e que sempre entendemos seja a melhor solução);
- d) em matéria de direitos humanos já se pode falar no Brasil (finalmente) numa (emblemática) “nova e superior instância” (de Justiça), que é composta, fundamentalmente, por dois órgãos: 1. a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e 2. Corte Interamericana de Direitos Humanos (sediadas, respectivamente, em Washington e em San José da Costa Rica). Ambas fazem parte do nosso sistema (regional) interamericano de proteção dos direitos humanos³³.

³³ V., especialmente: Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

De muitas maneiras pode ser explicada a presença dessa “superior instância” (na verdade, instância extraordinária e complementar de proteção dos direitos humanos) na vida do brasileiro. Mas talvez a mais contundente esteja no fato de a Corte Interamericana (e a Comissão) estar começando a condenar o Brasil nas suas violações aos direitos humanos (v.g., os casos *Ximenes Lopes* e *Araguaia* são paradigmáticos: em todos eles a Corte determinou sanções contra o Brasil).

Até 2008 nosso Direito produzido pelo constituinte e pelo legislador ordinário só reconhecia hierarquia superior para as normas constitucionais. Depois de 2008 apresentou-se no Direito brasileiro uma nova (e totalmente renovada) pirâmide jurídica, em que na base continuam as leis ordinárias, mas que acima dessa base encontram-se os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no país³⁴.

Velha jurisprudência do STF (com origem nos anos 70 do século XX, no RE 80.004/SE) dizia que os tratados internacionais (aí inclusos os de direitos humanos) valiam tanto quanto a lei ordinária, no que se consagrava o chamado *sistema paritário* entre as normas internacionais e de Direito interno. Ou seja, leis ordinárias e tratados (inclusive os de direitos humanos) ocupavam o mesmo patamar jurídico no que concernia à hierarquia das normas. Normas superiores eram apenas as constitucionais, mais nenhuma outra (seguindo a velha alegoria da “pirâmide” kelseniana).

Essa tradicional e propecta estrutura ou pirâmide jurídica (ou seja, essa forma de compreender o Direito sob a ótica legalista positivista) está absolutamente esgotada na pós-modernidade.

A antiga pirâmide kelseniana foi definitivamente sepultada pelo STF, no seu julgamento histórico do dia 3 de dezembro de 2008³⁵. Nesse julgamento, o STF admitiu o valor (no mínimo) supralegal dos tratados de direitos humanos (ratificados pelo Brasil e incorporados no Direito interno).

De que maneira o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser incorporado em cada país?

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (teoricamente) pode ser incorporado ao ordenamento jurídico interno como:

- a) Emenda Constitucional (esse é o caso da nossa CF, art. 5.º, § 3.º – esse dispositivo vale para todos os tratados de direitos humanos aprovados com *quorum* especial, tal como se deu com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo – v. *supra*);

34 V., por tudo: Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Características gerais do direito... cit., p. 467-485.

35 V. RE 466.343-1/SP e HC 87.585/TO.

- b) como Direito supralegal (voto do ministro Gilmar Mendes);
- c) como Direito constitucional (posição do ministro Celso de Mello – HC 87.585/TO – e de grande parte da doutrina fundada no art. 5.º, § 2.º, da CF); ou
- d) como Direito supraconstitucional (como, v.g., o Tribunal Penal Internacional, que tem jurisdição supranacional).

São múltiplas as técnicas legislativas de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao Direito interno.

Observação preliminar: a antiga jurisprudência do STF (RE 80.004) no sentido de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos valeria apenas como Direito ordinário foi (sabiamente) abandonada.

Primeira corrente: a primeira possibilidade de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito interno (incorporação como Emenda Constitucional) vem disciplinada no § 3.º do art. 5.º da Carta, inserido pela Emenda Constitucional 45, que diz: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Segunda corrente: a segunda possibilidade (Direito supralegal) foi sustentada no voto supracitado do ministro Gilmar Mendes (RE 466.343-1/SP), que foi reiterado tanto no HC 90.172/SP, 2.ª Turma, votação unânime, j. 05.06.2007, como no HC 87.585/TO.

No HC 90.172/SP decidiu-se o seguinte: “A Turma deferiu *habeas corpus* (...). Em seguida, asseverou-se que o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, encontra-se em discussão no Plenário (RE 466.343-1/SP, v. *Informativos* 449 e 450) e conta com sete votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. Tendo isso em conta, entendeu-se presente a plausibilidade da tese da impetração. Reiterou-se, ainda, o que afirmado no mencionado RE 466.343-1/SP no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. HC 90172/SP, rel. ministro Gilmar Mendes, 05.06.2007.”

O Direito Constitucional, depois de 1988, conta com relações diferenciadas perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A visão da supralegalidade deste último encontra amparo em vários dispositivos constitucionais (CF, arts. 4.º e 5.º, §§ 2.º, 3.º e 4.º)³⁶.

Terceira corrente: a terceira corrente acima referida (nível de Direito Constitucional) emana de um consolidado entendimento doutrinário³⁷, que já conta com várias décadas de existência no nosso país³⁸. Em consonância com essa linha de pensamento há, inclusive, algumas decisões do STF (RE 82.424, rel. ministro Carlos Velloso), mas é certo que essa tese nunca foi majoritária na nossa Suprema Corte de Justiça. Somente agora é que ela ganhou reforço com a posição do ministro Celso de Mello (HC 87.585/TO).

O STF (em tempos passados) já havia reconhecido o valor constitucional dos tratados de direitos humanos, não se entendendo o porquê de ter mudado posteriormente de posição. O seu novo posicionamento pode ser assim expresso: “Com efeito, esta Suprema Corte, ao interpretar o texto constitucional, atribuiu, em determinado momento (décadas de 1940 e de 1950), superioridade às convenções internacionais em face da legislação interna do Brasil (ApCiv 7.872/RS, rel. ministro Laudo de Camargo; ApCiv 9.587/DF, rel. ministro Lafayette de Andrada), muito embora, em sensível mudança de sua jurisprudência, viesse a reconhecer, em momento posterior (a partir da década de 1970), relação de paridade normativa entre as espécies derivadas dessas mesmas fontes jurídicas (RTJ 58/70; RTJ 83/809; RTJ 179/493-496, v.g.)”.

Quarta corrente: o valor supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, que nunca teve repercussão jurisprudencial entre nós (mas agora, depois do advento do Tribunal Penal Internacional, esse tema irá requerer nova atenção dos juristas).

Posição do STF (decisão histórica): na histórica decisão do STF de 03.12.2008 (RE 466.343/SP), dois foram os votos marcantes (de Gilmar Mendes e Celso de Mello): são divergentes na intensidade (gradualidade), mas convergentes na adoção de um novo modelo de Estado (de Direito e de Justiça).

36 Mendes, Gilmar Ferreira (et al.). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 663.

37 Cançado Trindade, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos, *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. San José, Costa Rica/Brasília: IIDH, 1996. p. 210 e ss; e Silva, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 195-196; para quem os tratados de direitos humanos “ingressam na ordem jurídica nacional no nível das normas constitucionais e, diretamente, criam situações jurídicas subjetivas em favor dos brasileiros e estrangeiros residentes no país”.

38 Para detalhes, v. especialmente: Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Curso de direito...* cit., p. 817-847; e Mazzuoli, Valerio de Oliveira. O novo § 3.º do art. 5.º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar.-abr. 2005, p. 89-109.

Pelo valor histórico que possuem, vejamos a síntese dos dois (revolucionários) votos citados:

1.º *Voto do ministro Gilmar Mendes*. De acordo com Gilmar Mendes (voto proferido no RE 466.343-1/SP), os tratados de direitos humanos, precedentes ou posteriores à EC 45/2004, desde que não aprovados por *quorum* qualificado, nos termos do art. 5.º, § 3.º, da CF, possuem valor supralegal (e infraconstitucional). A pirâmide jurídica (tridimensional) defendida por ele é a seguinte:

- a) no topo acha-se a *Constituição* (assim como os tratados de direitos humanos aprovados de acordo com o procedimento do art. 5.º, § 3.º, da CF);
- b) abaixo dela, mas acima da lei ordinária, estão os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo *quorum* qualificado, pouco importando se o tratado é anterior ou posterior à EC 45/2004; e
- c) no patamar inferior está a *legislação ordinária* (assim como os tratados que não versam sobre direitos humanos).

Pausa excursiva (síntese do voto do ministro Gilmar Mendes proferido no RE 466.343-1/SP):
“Em seguida, o ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Aduziu, ainda, que a prisão civil do devedor fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais executórios postos à disposição do credor fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional. Após os votos dos ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, que também acompanhavam o voto do relator, pediu vista dos autos o ministro Celso de Mello. RE 466343/SP, rel. ministro Cezar Peluso, 22.11.2006. O Tribunal retomou julgamento de recuso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia – *v. Informativo 304*. O ministro Gilmar Mendes, em voto vista, acompanhou o voto do relator para negar provimento ao recurso, adotando os fundamentos expendidos no caso acima relatado. No mesmo sentido votaram os ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do ministro Celso de Mello. RE 349703/RS, rel. ministro Ilmar Galvão, 22.11.2006 (RE 349.703).

2.º *Voto do ministro Celso de Mello*. Para o ministro Celso de Mello (voto proferido no HC 87.585/TO e no RE 466.343-1/SP), a nova pirâmide jurídica (bidimensional) teria outra configuração, porque os tratados internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil antes da EC 45/2004 foram recepcionados ou amparados pelo art. 5.º, § 2.º, portanto, teriam valor constitucional. No topo dessa pirâmide (bidimensional) estão a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos (mesmo que firmados e vigentes no Brasil antes da EC 45/2004) e, na base, está a legislação ordinária³⁹. Tratados de direitos humanos posteriores à EC 45/2004, pouco importando o cumprimento ou não do § 3.º do art. 5.º, também contam com valor materialmente constitucional (em razão do citado art. 5.º, § 2.º).

A nova pirâmide normativa formal concebida a partir de algumas decisões do STF (HC 87.585/TO, RE 466.343-1/SP, HC 90.172/SP, HC 88.420/PR) é bem distinta daquela que, normalmente, sob os auspícios de Hans Kelsen, ainda continua sendo ensinada nas faculdades de Direito brasileiras. Espera-se que essa verdadeira revolução seja bem compreendida por todos os estudantes e operadores jurídicos no Brasil.

A emblemática alteração estrutural (e formal) do Direito reside no valor hierárquico qualificado que o STF está (agora) a emprestar ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Evidente que, por questão de coerência, deve seguir nesse caminho quando diante de outras questões jurídicas a envolver a aplicação dos tratados de direitos humanos, como aquela que ora nos ocupa neste ensaio (a Lei de Anistia brasileira).

6. RESPEITO E APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS LOCAIS

Por tudo o que já se falou até agora parece ter ficado claro tratar-se de *obrigação* dos juízes e tribunais locais (como *longa manus* do Estado que são) bem respeitar e aplicar o Direito Internacional dos Direitos Humanos⁴⁰.

39 Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Curso de direito...* cit., p. 817-847.

40 V. Soares, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. vol. 1, p. 225-239.

Em síntese, a nova postura jurisprudencial do STF finca suas raízes em novos tempos, em novos horizontes, em que a era da internacionalização dos direitos humanos já não pode ser (antiquadamente) ignorada.

Uma exuberante prova dessa aceitação (e aplicação) das normas de proteção aos direitos humanos em nosso país deu-se no âmbito da prisão civil do depositário infiel. Na sessão Plenária do dia 16 de dezembro de 2009, o STF chegou a editar a Súmula Vinculante 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito⁴¹”. O que se defendia há anos foi finalmente sumulado pela Suprema Corte, com caráter vinculante à Administração Pública e ao Judiciário.

Com a decisão proferida no RE 466.343/SP (03.12.2008), que foi ratificada com a Súmula Vinculante 25, o Brasil ingressou, definitivamente, na “terceira onda” evolutiva do Estado, do Direito e da Justiça, que é a onda do internacionalismo (ou da internacionalização dos direitos humanos).

No Estado de Direito da legalidade caberia prisão civil do depositário infiel (muitas leis a preveem). No Estado de Direito (puramente) constitucional também (porque a Constituição brasileira possibilita a prisão civil do depositário infiel – CF, art. 5.º, LXVII). Já no Estado de Direito internacional, a impossibilidade de se coagir mediante prisão um devedor é manifesta (em virtude da vedação da Convenção Americana, art. 7.7).

A Constituição brasileira prevê duas hipóteses de prisão civil: do alimentante inadimplente e do depositário infiel (CF, art. 5.º, LXVII). A legislação ordinária brasileira regulamentou (com base na CF) várias situações de prisão civil, ampliando bastante a locução “prisão do depositário infiel”. Essa ampliação excessiva sempre foi objeto de muitas críticas⁴².

Incontáveis acórdãos do STJ reiteradamente negaram validade para a prisão do depositário no caso da alienação fiduciária (REsp 7.943/RS; REsp 2.320/RS etc.). No STF, alguns votos vencidos (de Marco Aurélio, Rezek, Velloso, Pertence) não discrepavam do entendimento preponderante no STJ. Mas o pensamento majoritário tradicional (legalista e positivista) no STF sempre foi no sentido da sua admissibilidade (baseando-se na sua jurisprudência clássica da paridade entre a lei ordinária e o tratado de direitos humanos – HC 80.004).

41 V. *DOU* de 23.12.2009, p. 1.

42 V., por tudo: Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Um novo horizonte foi descortinado no dia 03.12.2008 com o RE 466.343-1/SP: os nove votos proferidos reconheceram o fim dessa prisão civil (do depositário infiel), pouco importando a natureza do depósito (judicial ou não judicial). Seu relator (ministro Cezar Peluso) negou validade para a prisão do depositário infiel no caso da alienação fiduciária (porque a legislação respectiva conflita com a Constituição Federal). O ministro Gilmar Mendes agregou outros dois fundamentos: considerando-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos só prevê a prisão civil por alimentos (art. 7.º, 7), é certo que nossa legislação ordinária relacionada com o depositário infiel conflita com o teor normativo desse texto humanitário internacional. O conflito de uma norma ordinária (que está em posição inferior) com a Convenção Americana resolve-se pela invalidade da primeira. É o que ficou espelhado no voto do ministro Gilmar Mendes, que ainda mencionou o princípio da proporcionalidade como ulterior fundamento para não admitir a prisão de depositário infiel. No HC 90.172 (com votação unânime da 2.ª Turma), o ministro Gilmar Mendes reiterou sua posição anterior.

É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade

Cumprir destacar que, em antológico voto proferido em 03.12.2008, o ministro Celso de Mello (no Pleno do STF) já reconhecia não a supralegalidade, mas, sim, o valor constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

Em síntese, a nova postura jurisprudencial do STF finca suas raízes em novos tempos, em novos horizontes, em que a era da internacionalização dos direitos humanos já não pode ser (antiquadamente) ignorada.

O passo extraordinário que o STF deu em relação à prisão civil do depositário infiel deve, agora, na linha do que estão fazendo os nossos países vizinhos (Argentina, Chile, Uruguai etc.)⁴³, ser seguido no que consiste no cumprimento da decisão da Corte Interamericana proferida no “Caso Araguaia⁴⁴”. Por mais que existam declarações em sentido contrário, a obrigatoriedade de internalização (da jurisprudência da Corte Interamericana) pelos juízes e tribunais brasileiros faz parte de um movimento universal absolutamente incontestável⁴⁵.

43 Sobre a incidência do Direito Internacional no âmbito do Direito interno da Argentina: moncayo, Guillermo R. Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 89 e ss. V. ainda, Vanossi, Jorge R. Los tratados internacionales ante la reforma de 1994. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 105 e ss.; Schiffrin, Leopoldo. La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 115 e ss.; Travieso, Juan A. Los nuevos paradigmas. Enfoque con nuevas consideraciones metodológicas. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 127 e ss.; Fappiano, Oscar L. La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 147 e ss.

44 Sobre a margem de apreciação da Justiça local: Valiña, Liliána. El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 173 e ss.

45 Gordillo, Agustín. Los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian

Frise-se ter participado do mesmo julgamento, na qualidade de juiz *ad hoc* brasileiro, o Sr. Roberto de Figueiredo Caldas, que em seu voto em apartado, e na mesma linha da sentença, assim sublinhou:

“4. Continuando na breve incursão sobre temas pontuais relevantes, se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil.

5. Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção 13 equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes, estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar.

6. Mesmo as Constituições nacionais não de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com o artigo 2º da Convenção, os Estados comprometem-se a adotar medidas para eliminar normas legais e práticas de quaisquer espécies que signifiquem violação a ela e, também ao contrário, comprometem-se a editar legislação e desenvolver ações que conduzam ao respeito mais amplo e efetivo da Convenção.

(...)

29. O exame de conceito da esfera do Direito Penal Internacional não deve melindrar a Corte ou instâncias judiciárias nacionais, dada a evidente confluência de várias circunscrições do Direito Internacional, o que vem sendo propalado pela doutrina e pela jurisprudência não é de hoje. Assim o é porque são largas as fronteiras entre os sub-ramos como os Direitos Humanos, o Direito Humanitário e o Direito Penal Internacional. Suas normas e suas fontes são necessariamente complementares, senão correr-se-ia o grave risco de divergência entre as interpretações desses nichos jurídicos que jamais seriam uniformizadas, com lamentável insegurança jurídica para a humanidade.

(org.). Op. cit., p. 201 e ss.



30. Finalmente é prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de Direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade.

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

Em suma, todas as manifestações da Corte (na sentença e no voto em separado do juiz *ad hoc* brasileiro) fielmente demonstram que o Judiciário brasileiro deve ingressar (*de facto*, e não apenas *de jure*) na onda internacionalista do Estado, do Direito e da Justiça, e aceitar em definitivo os comandos que vêm de cima (do Direito Internacional Público) e, mais ainda, de órgão (tribunal) especializado em matéria de proteção aos direitos humanos.

7. CONCLUSÃO

Ao cabo desta exposição teórica, cabe sumariamente concluir o seguinte:

- 1 - Que a internacionalização dos direitos humanos é uma realidade incontestável que marca a era da pós-modernidade, caracterizada pela globalização (inclusive da dignidade humana).
- 2 - Que esse *corpus juris* específico – chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos – goza de absoluta primazia sobre a legislação doméstica naquilo que é mais benéfico ao ser humano sujeito de direitos (princípio internacional *pro homine*). Ou seja, esse conjunto normativo internacional de proteção possui caráter *sui generis*. Suas normas possuem hierarquia diferenciada no plano doméstico (estão acima de todas as leis) e com este não podem ser confundidas.

- 3 - Toda a produção legislativa ordinária (de qualquer Estado) que faça parte do sistema interamericano de direitos humanos está sujeita, doravante, a dois principais tipos de controle: (a) o de *constitucionalidade* e (b) o de *convencionalidade*.
- 4 - Constitui obrigação impostergável de todos os juízes e tribunais locais (nacionais) fazer desses dois tipos de controle uma realidade. Os juízes e tribunais locais estão, inclusive, obrigados a exercer *ex officio* tais controles, segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.
- 5 - Para a proteção, no nosso entorno regional, dos direitos humanos previstos nos tratados internacionais, qualquer ser humano lesado pode acionar o sistema regional interamericano de direitos humanos, visto que essa tutela já não está regida pelo princípio do *domestic affair*, mas sim do *international concern*. A proteção dos direitos humanos convencionados conta com o amparo complementar do Direito Internacional.
- 6 - O Brasil tem a obrigação de cumprir a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 24 de novembro de 2010, proferida no “Caso Araguaia”. O nosso país foi declarado responsável pelo desaparecimento de dezenas de pessoas e, agora, por força da sentença da Corte citada, tem o dever de investigar e, se for o caso, processar os responsáveis pelos referidos delitos contra a humanidade, não tendo nenhum valor jurídico a Lei de Anistia brasileira (embora validada pelo STF em abril de 2010).
- 7 - No Estado de Direito Internacional (defendido, entre outros, por Luigi Ferrajoli), é preciso respeitar a pluralidade de fontes normativas e promover, entre elas, o devido “diálogo” (Erik Jayme) capaz de fazer prevalecer a norma mais favorável à tutela dos direitos humanos (princípio *pro homine*).
- 8 - A jurisprudência brasileira já deu (exuberante) demonstração da força normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao cuidar do tema da prisão civil do depositário infiel. A nossa Suprema Corte (no RE 466.343/SP) não só reconheceu a hierarquia superior desse ramo do Direito como acabou editando a Súmula Vinculante 25, para proibir definitivamente a prisão civil de depositário infiel no país, qualquer que seja a modalidade do depósito.
- 9 - Na esteira desse precedente pós-moderno do STF, espera-se, agora, que seja cumprida sem resistência e dentro de prazo razoável a decisão da Corte Interamericana no “Caso Araguaia”.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Doutor em Direito Penal pela Universidade Complutense de Madri. Mestre em Direito Penal pela USP. Diretor-presidente da Rede de Ensino LFG e coordenador dos cursos de pós-graduação transmitidos por ela. Professor convidado em diversas universidades brasileiras e estrangeiras. Foi promotor de Justiça (1980 a 1983), juiz de Direito (1983 a 1998) e advogado (1999 a 2001).

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI

Pós-doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Doutor summa cum laude em Direito Internacional pela UFRGS. Mestre em Direito Internacional pela Unesp. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor adjunto de Direito Internacional Público e Direitos Humanos da UFMT. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UFMT. Professor da Rede de Ensino LFG. Professor convidado nos cursos de pós-graduação da UFRGS, PUC-SP e da UEL. Membro efetivo da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas – ABCD.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O julgamento relativo ao “Caso Araguaia” e suas repercussões no Brasil – 3. A internacionalização dos direitos humanos: 3.1 Complementaridade da tutela internacional; 3.2 Interdependência entre o Direito Internacional e o Direito interno; 3.3 Do princípio do domestic affair ao do international concern; 3.4 Estado de Direito constitucional e Estado de Direito internacional; 3.5 Estrutura normativa do Estado de Direito internacional; 3.6 A nova construção de um “Direito dialógico” – 4. Adesão formal do Brasil ao Direito Internacional dos Direitos Humanos – 5. Reconhecimento da força normativa (hierarquia superior) do Direito Internacional dos Direitos Humanos – 6. Respeito e internalização (aplicação) do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos juízes e tribunais locais – 7. Conclusão.



A TRAJETÓRIA DO PROCESSO DE JUSTIÇA TRANSICIONAL DO MÉXICO.

UM COMENTÁRIO À LUZ DO CASO *RADILLA PACHECO VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*, DECIDIDO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

José Luis Caballero Ochoa

*Doutor em Direito Europeu e Sistema de Proteção aos Direitos Humanos e acadêmico –
pesquisador do Departamento de Direito da Universidade Ibero-Americana (México)*

I. INTRODUÇÃO

O México viveu sua transição para a democracia, após 70 anos de um sistema autoritário de partido hegemônico, sem fazer frente, de forma abrangente, às violações sistemáticas aos direitos humanos que ocorreram nesse contexto. Especialmente grave foi a omissão de um tratamento adequado para a justiça transicional perante o genocídio ocorrido em 2 de outubro de 1968 e nos anos seguintes, que ficaram conhecidos como o período da “Guerra Suja”, durante as décadas de 70 e 80 do século passado. Uma grave omissão prolongada através do tempo e que, aliada à falta de um sistema político-jurídico eficaz em termos de responsabilidade, transparência, combate à corrupção e fortalecimento legal e institucional,

permite afirmar que a transição democrática mexicana é uma transição fraturada e em constante risco de regressão autoritária.

Embora as violações sistemáticas não tenham se apresentado no contexto das ditaduras militares como em alguns países da região, um autoritarismo bem montado permitiu perpetrar violações gravíssimas aos direitos humanos em meio a uma aparente normalidade democrática e a um governo civil que garantia certas liberdades, assim como um desenvolvimento social mediano.

Devido à alternância na Presidência da República¹ em 2000, esperava-se uma espécie de reformulação constitucional e, nesse contexto, um processo de justiça transicional semelhante ao que aconteceu em outros países². Entretanto, nos últimos dez anos, passamos de uma espécie de transição amnésica – segundo a definição de Rodrigo Uprimny³ – para um modelo de Justiça que obteve pouco resultado⁴.

O Governo da República alterou a oferta eleitoral – no contexto de uma ampla reforma de Estado – de criar uma Comissão da Verdade, optando por um projeto institucional na forma de Ministério Público Especial⁵ para investigar e registrar perante a autoridade judicial as graves violações aos direitos humanos cometidas nessa época: o Ministério Público Especial para Movimentos Sociais e Políticos do Passado (doravante denominado FEMOSPP ou Ministério Público Especial), subordinado à Procuradoria Geral da República. Na verdade, tratou-se de um modelo que foi duramente criticado, não apenas pela ausência de resultados satisfatórios com relação à problemática que incluía sua área de atuação⁶, mas também porque um Ministério

1 Desde sua fundação, em 1929, o Partido Revolucionário Institucional (PRI) não havia perdido nenhuma eleição para Presidência da República, e até 1997 esse partido manteve a maioria no Congresso Federal. Esse ano retrata mais claramente, a meu ver, a ruptura do regime hegemônico após a mudança de partido na titularidade do Poder Executivo de 2000. A hegemonia autoritária praticamente chega a seu ápice em 1976, ano em que se apresenta como único candidato à presidência, postulado pelo PRI, sem opositor algum.

2 Jon Elster afirma categoricamente que não houve no México uma transição política, mas sim uma mudança dentro do regime. Elster, Jon, *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 84 – 85.

3 O modelo obteve êxito nos anos 70, com Espanha e Portugal, e no Brasil, nos anos 80, porém hoje se encontra ultrapassado devido ao avanço obtido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e a jurisprudência emitida pelos tribunais internacionais sobre o tratamento das graves violações aos Direitos Humanos em um contexto sistemático de repressão. Para Uprimny, trata-se de um esquema que deixa não resolvida a tensão entre justiça e paz, porque cancela a primeira por meio de uma transição negociada. Uprimny, Rodrigo, “*Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano*”, *¿Justicia transicional sin transición?*, Número 1, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad (DeJusticia), 2006, pp. 24 – 25.

4 A literatura sobre a justiça transicional no México não é muito abundante. Foram as crônicas sobre os acontecimentos de 68 e anos seguintes que documentaram mais a temática. Por exemplo, de Elena Poniatowska, *La noche de Tlatelolco*, México, Era, 1968; de Carlos Monsiváis, *El 68 la tradición de la resistencia*, México, Era, 2008; de Sergio Aguayo, *1968, los archivos de la violencia*, México, Grijalvo, 1998. Um estudo que se aproxima mais da temática concreta para revelar a ineficácia do processo mexicano é: Mariclaire Acosta e Esa Ennelin, “The Mexican solution to transitional justice”, Naomi Roht – Arriaza, *Transitional Justice in the Twenty – First Century*, New York, Cambridge University Press, 2006.

5 Trata-se de uma promessa não cumprida, conforme mostrou o Centro Internacional de Justiça Transicional. International Center for Transitional Justice (ICTJ), “México. Envío para Revisión Periódica Universal da quarta Sessão do Conselho sobre os Direitos Humanos: 2–3 de fevereiro de 2009” Informativo de 8 de setembro de 2008, parágrafo 3.

6 Uma análise muito crítica e bem documentada da atuação do Ministério Público foi apresentada por diversas organizações da sociedade civil: *Esclarecimiento y sanción a los crimes del pasado durante el sexenio 2000 – 2006: compromisos quebrantados y justicia aplazada*, México, 2007.

Público subordinado ao Poder Executivo Federal tem uma área de ação muito reduzida em razão dos poderes que se encontram investidos no México, ou seja, investigar e perseguir delitos para proceder, conforme o caso, a um despacho judicial, que não alcança por completo os requisitos da justiça transicional⁷. Nesse sentido, o exercício mexicano ficou à margem dos processos de verdade, prestação de contas, justiça e reparação que foram implementados em casos semelhantes⁸.

2. ASSUNTOS PENDENTES QUE DEIXARAM O PLANO INSTITUCIONAL PARA FAZER FRENTE ÀS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

O trabalho do FEMOSPP não obteve êxito. Devido à própria natureza jurídica do Ministério Público e à exigência de alguns dos ativistas mais relevantes construiu-se uma agenda para processos de justiça, que posteriormente sucumbiram no mar de formalidades da prática mexicana, deixando para segundo plano os temas de verdade e reparação.

2.1. VERDADE

Apesar de o Ministério Público Especial ter incluído orçamentos e áreas específicas para o trabalho de investigação e recuperação de memória, foi expedido um informativo, conhecido como Informativo Histórico à Sociedade Mexicana, que não documentava de forma suficiente a responsabilidade das Forças Armadas e cujo acesso tem sido difícil nos últimos anos.

2.2. JUSTIÇA

De todos os expedientes abertos à investigação, mais de mil casos, o resultado se concentrou praticamente na imputação de quem atuava como presidente da República e secretário de

⁷ O anterior, sem esquecer do Ministério Público Especial, contava com um programa de investigação, um de informação de análise e um de Cooperação, Participação Cidadã e Relações Interinstitucionais. Nessas instâncias surgiu o *Informativo Histórico à Sociedade Mexicana*, cujo acesso foi reiteradamente negado à própria sociedade em instâncias oficiais.

⁸ O magnífico estudo de Priscila Hayner sobre comissões da verdade se faz evidente. O caso mexicano é citado de passagem no epílogo, em uma página, e praticamente apenas para mostrar que os resultados do Ministério Público foram decepcionantes (p. 371) e que algumas vozes mantêm a ideia de implementar uma Comissão da Verdade (p. 372) *Cfr.- Hayner Priscila, Verdades innombrables*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

Governo durante os atos da matança de 10 de julho de 1971, conhecida como *El Halconazo*, e a quem não foi possível aplicar as prescrições dos delitos perante uma interpretação da Suprema Corte de Justiça da Nação (doravante SCJN ou Suprema Corte), que impediu que fossem computados os prazos durante o tempo em que estiveram nos cargos.

Some-se a isso o pobre resultado que obtiveram os juízos que chegaram à SCJN a fim de resolver questões de legalidade ou produzir interpretação constitucional, conforme o caso, sobre questões em torno dos crimes contra a humanidade investigados pelo FEMOSPP:

- a) O Recurso de Apelação Extraordinária 1/2003, deliberado pela Primeira Sala da SCJN, em 5 de novembro de 2003, no intuito de elucidar se o delito de privação ilegal da liberdade se equiparava ao desaparecimento forçado e, portanto, era imprescritível. A SCJN determinou efetivamente esse caráter como sendo um delito continuado⁹. Não obstante, omitiu absolutamente qualquer referência aos padrões internacionais, especialmente à Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (doravante CIDFP), já ratificada pelo México naquele momento, o que poderia ter contribuído para situar o compromisso do Estado mexicano com relação ao fato, especialmente diante da declaração interpretativa realizada no sentido de aplicar o instrumento aos feitos ocorridos depois de sua ratificação sem considerar a natureza do delito de desaparecimento forçado de pessoas¹⁰.
- b) O Recurso de Apelação Extraordinária 1/2004, também deliberado pela Primeira Sala da SCJN, em 15 de junho de 2005. Tratou-se de uma das deliberações mais controversas dos últimos anos ao declarar que o genocídio prescreve no México diante de fatos cometidos antes da ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, sem considerar o conteúdo das obrigações geradas no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos com relação a esse tipo de crime – incluindo seu caráter de *ius cogens*, bem como o dever de castigar os crimes contra a humanidade independente da época em que tenham sido cometidos – e o contexto da justiça transicional.

9 “A consumação do crime de privação ilegal da liberdade foi prolongada com o tempo.” Consideração sétima, folha 193, sexto parágrafo.

10 Esta declaração documenta a prática mexicana, que tentou muitas vezes limitar o alcance dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos. Estabelece: “Com fundamento no artigo 14 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, o Governo do México, ratificando a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, adotada na Cidade de Belém, Brasil, em 9 de junho de 1994, será entendido que as disposições da referida Convenção serão aplicadas aos fatos que constituam desaparecimento forçado de pessoas, sejam ordenados, executados ou cometidos após a entrada em vigor da presente Convenção.” Em http://www.ordenjuridico.gob.mx/Direitos_humanos.php [Consulta 10-07-2010].

2.3. REPARAÇÃO

Este tema também foi mal sucedido, não apenas pela paupérrima prática mexicana no assunto, reduzida à reparação ao dano moral por meio de uma compensação monetária, mas também porque, na realidade, não foi suficientemente levado em consideração diante do compromisso de instaurar processos criminais contra os principais funcionários públicos envolvidos.

A Secretaria de Governo criou um Comitê encarregado das reparações, que foi reativado nos últimos tempos e que tinha sido mostrado no *Caso Radilla Pacheco vs México*, deliberado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CrIDH ou Corte Interamericana)¹¹. A ideia é atender a uma série de reparações administrativas, como compensações em dinheiro, mas também projetos sociais, recuperação de memória histórica em que estejam envolvidas não apenas as vítimas e o Executivo federal, mas também as organizações e as instituições de ensino superior que trabalhem com o assunto.

Parece-me que esse aspecto seria o único tema que poderia ser resgatado em termos de reparação por parte do Governo da República; os outros vieram da sentença proferida no *Caso Radilla Pacheco*, um insumo primordial para atender aos temas pendentes de justiça e reparação de danos e para voltar a trazer à consciência social mexicana os ecos de uma média justiça.

III. OS ENSINAMENTOS DA JUSTIÇA TRANSICIONAL NO CASO RADILLA PACHECO VS. MÉXICO

3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Estamos, pois, diante de um panorama que permite observar, de forma muito geral, uma transição falida, e cujos assuntos pendentes foram evidenciados por essa sentença contra o Estado mexicano. Daí sua importância, não apenas como indicador de uma transição irregular, mas também como uma espécie de receita que permite estabelecer um programa para fazer frente aos temas não resolvidos.

¹¹ Sentença de exceções preliminares, fundo, reparações e custos, de 23 de novembro de 2009.

O caso documenta precisamente um desaparecimento forçado ocorrido em 1974, justamente no ápice da “Guerra Suja”, do Senhor Rosendo Radilla Pacheco, no Município de Atoyac, Guerrero, e mostra como, em 30 anos, o México não implementou medidas referentes à busca da verdade sobre o crime de desaparecimento forçado, uma prestação de contas efetiva, acesso à justiça e formas de reparação, o que se refletiu não apenas na falta de satisfação para com as vítimas, mas também no recrudescimento do clima social de injustiça e impunidade¹².

É importante mostrar como a CrIDH evidenciou a falácia por trás do discurso de que no México havia uma autêntica transição para a democracia. Essa construção argumentativa, gerada desde o aparato público, mas também desde alguns setores de opinião pública, estabeleceu que as reformas eleitorais, especialmente as de 1977, 1996 e 2007, foram suficientes para documentar a transição. Estamos diante do que Ackerman chamou de visão “minimalista” da transição democrática¹³.

3.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE JUSTIÇA E REPARAÇÃO

A deliberação e a jurisprudência do *Caso Radilla Pacheco vs. México* giram em torno de três eixos: a necessidade de estabelecer a verdade e a recuperação da memória; a falta de acesso à Justiça em casos de violações graves aos direitos humanos no contexto do autoritarismo (Parte IX da Sentença, parágrafos 173 – 314) e a falta de reparação dos danos de forma integral (Parte XI da Sentença, parágrafos 327 - 392), especialmente as garantias de não repetição, mediante um conjunto de reformas legais que foram postergadas a fim de produzir uma cortina de fumaça – impunidade em torno do Exército mexicano.

3.2.1. A verdade e a recuperação da memória

A falta de uma atenção adequada aos temas de verdade e memória, bem como suas implicações, é notória desde as posições de defesa do Estado, especialmente quando se nega a reconhecer algum “nexo causal” entre as violações ao senhor Radilla e os efeitos para com a Comunidade de Atoyac de Alvarez¹⁴. Entretanto, a CrIDH estabelece uma rota na qual é possível identificar os espaços de recuperação de verdade com relação às reparações de satisfação e não repetição¹⁵.

12 Cfr.- Antillón Najlis, Ximena, *La desaparición forzada de Rosendo Radilla en Atoyac de Alvarez. Informe de afectación psicosocial*, México, Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos, 2008.

13 Segundo a qual a transição democrática se consolida em virtude de que as regras eleitorais são aceitas pelos autores como únicas regras possíveis do jogo político. Ackerman, John, *Organismos autónomos y democracia. El caso de México*, segunda edição, México, Século XXI/IIJ – UNAM, 2007, p. 20.

14 Parágrafo 58.

15 Nesse sentido, as vias de reparação podem ser classificadas em: restituição, compensação, reabilitação e garantias de satisfação e não repetição. Conforme Pablo de Greiff, “Justiça y reparaciones”, *Handbook of Reparations*, New York, Oxford University Press, 2006, pp. 303 – 304.

É natural que uma primeira área de conhecimento da verdade tenha a tendência de implementar investigações ministeriais com o objetivo de estabelecer responsabilidades e julgar os procedimentos correspondentes (parágrafo 329 – 334), e sobre isso a CrIDH não fez uma avaliação favorável, fato documentado no período de investigação do FEMOSPP (parágrafos 202 – 217)¹⁶, indicando uma situação de impunidade persistente durante todo esse tempo¹⁷.

Além de observar esse saldo desfavorável, foram deliberadas de forma muito clara duas ações concretas de recuperação de memória:

- No contexto da aceitação pública de responsabilidade internacional por parte do Estado, colocar em um espaço público do Município de Atoyac de Álvarez, Guerrero, uma placa lembrando os fatos relativos ao desaparecimento (parágrafo 354);
- Publicar uma obra sobre a vida do senhor Rosendo Radilla Pacheco, na qual se ressalte seu trabalho em favor da comunidade (parágrafo 356). Deverá constar que o senhor Radilla era um líder agrícola e, em alguma fase de sua vida, presidente municipal.

3. 2. 2. O âmbito da justiça no *Caso Radilla Pacheco vs. México*

A) Juízo de amparo

É importante advertir como o caso mostrou os elementos que propiciaram uma falha estrutural no sistema de acesso à justiça: a ausência de meios efetivos e adequados para defender os direitos humanos em violações sistemáticas juntamente com a manutenção da jurisdição militar como coluna central dos processos de justiça, o que contradiz abertamente a jurisprudência internacional que tem sido desenvolvida nessa área.

Trata-se de um tema muito importante porque as vítimas não tiveram acesso ao juízo de amparo como meio idôneo de proteção dos direitos humanos no México e para impugnar a jurisdição militar que estava violando seus direitos de serem verdadeiramente representadas em juízo, ou seja, o direito a um julgamento natural evidentemente confronta os tribunais militares¹⁸.

¹⁶ “Além disso, nesse caso não foram cumpridos os compromissos assumidos pelo Estado desde a criação do Ministério Público Especial. Depois de quase três anos das investigações terem sido retomadas pela Coordenação Geral de Investigações, o Estado tampouco demonstrou a existência de um compromisso renovado com a determinação da verdade que leve em consideração a dignidade das vítimas e a gravidade dos fatos” (parágrafo 213).

¹⁷ “De tudo o que foi dito anteriormente fica evidente que os feitos desse caso encontram-se impunes, ao contrário ao que foi estimado pelo Estado...” (parágrafo 217).

¹⁸ “Com relação ao anterior, a Corte estima que o estado violou o princípio do julgamento natural ao extrapolar a esfera da Justiça militar no presente caso, contrário aos parâmetros de excepcionalidade e restrição que caracterizam a jurisdição penal militar.” (parágrafo 282).

Em especial, nos últimos tempos, a falta de acesso aos meios de proteção por parte das vítimas de violações graves aos direitos humanos para questionar a jurisdição militar tem sido recorrente

A Corte evidenciou que não foi possível, por meio do amparo, contar com um recurso judicial efetivo para impugnar a competência militar, violando assim o artigo 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante CADH ou Convenção Americana)¹⁹ diante da rejeição da causa que deram os tribunais ao ser atualizada uma das numerosas causas de improcedência do amparo por falta de interesse jurídico, já que nos processos de ordem penal impera unicamente a visão que envolve o réu, e apenas ele pode ativar o recurso de proteção dos direitos humanos quando os considere afetados.

Estamos diante de um tema recorrente nos juízos perante a Corte Interamericana, a falta de acesso aos meios de justiça e, especialmente, ao amparo, o que tem sido uma barreira para direcionar uma defesa adequada perante violações aos direitos humanos²⁰. Em especial, nos últimos tempos, a falta de acesso aos meios de proteção por parte das vítimas de violações graves aos direitos humanos para questionar a jurisdição militar tem sido recorrente²¹. Nesse sentido, o *Caso Radilla Pacheco* estabeleceu um precedente fundamental, que pode ser um ponto de inflexão diante de uma situação de impunidade reiterada. Estamos frente ao que, a meu ver, é um dos pontos mais importantes da deliberação na chave da justiça transicional, e que se complementa com dois tipos de garantias de não repetição, conforme assinalarei mais adiante: a reforma ao preceito legal que permite a extensão do chamado foro militar em praticamente todos os casos, assim como um devido entendimento do preceito constitucional que o regula.

B) A única via de acesso à justiça no artigo 57 do Código de Justiça Militar

O artigo 57, ítem II, a) do Código de Justiça Militar (doravante CJM), que estabelece a extensão da jurisdição militar sobre delitos de foro comum ou federal, com a condição de que o efetivo

19 “Consequentemente, no presente caso, o recurso de amparo não foi efetivo para permitir que a senhora Tita Radilla Martínez impugnasse o conhecimento de detenção e posterior desaparecimento forçado de seu pai, o senhor Rosendo Radilla Pacheco, pela jurisdição militar, o que constitui uma violação ao artigo 25.1 da Convenção”.

20 Cfr.- *Caso Castañeda Gutman vs. México*, sentença de 6 de agosto de 2008. Exceções preliminares, fundo, reparações e custos.

21 Nessa situação, a inconstitucionalidade do artigo 57, fração II, a), o CJM contemplou recentemente no Amparo em Revisão 989/2009, deliberado em 10 de agosto de 2009 pelo Pleno da SCJN. Este caso foi instaurado pela esposa de um dos civis que faleceu em um ato de privação arbitrária da vida perpetrada por um grupo de militares do estado de Sinaloa. Esse caso – também conhecido como “Santiago de los Caballeros” – referindo-se ao nome da comunidade em cujas imediações ocorreram os fatos – foi levado às instâncias jurisdicionais a fim de “impugnar a extensão do foro militar” na investigação de homicídio. A Corte, por maioria de seis votos, deliberou manter a sentença que havia decretado o juiz oitavo do Distrito do Estado de Sinaloa, perante o qual fora apresentado o juízo de amparo correspondente, julgando que a queixosa não manifestava interesse jurídico direto para interpô-lo.

encontre-se “nos momentos de estar em serviço ou com motivos de atos do mesmo”; permite a extensão jurisdicional praticamente a qualquer fato em que um civil esteja envolvido como sujeito passivo²². A disposição favorece uma cobertura jurisdicional amplíssima, sem reconhecer as implicações do direito de acesso à justiça da vítima de um delito cometido por um militar e sem que tampouco tenha havido durante muito tempo um questionamento de sua constitucionalidade.

Em sua parte, o artigo 13 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (doravante CPEUM), suporte constitucional dessa jurisdição especializada, estabelece ainda uma garantia de exceção sobre a extensão da jurisdição militar para os civis:

“...porém os tribunais militares em nenhum caso e por nenhum motivo poderão estender sua jurisdição sobre pessoas que não pertençam ao Exército. Quando um delito ou falta da ordem militar envolver um civil, a autoridade civil correspondente saberá do caso.”

Trata-se de uma garantia que não está livre de ambiguidade, diante da certeza de que se aplica ao civil como sujeito ativo do cometimento de um delito e da incerteza quanto à sua condição de sujeito passivo; especialmente a partir do que indica o parágrafo citado *in fine*, ou seja, o que implica caso um civil esteja envolvido? Uma questão frente a qual várias interpretações foram geradas na prática jurisprudencial mexicana, mas tendendo, igualmente, à participação do civil como sujeito ativo, o que permitiu a aplicação total do artigo 57, item II, a) do CJM sem maiores problemas.

Diante dessa situação, a CrIDH considerou que a extensão do foro militar sobre civis, na qualidade de sujeitos passivos do delito, ou seja, como vítimas de violações aos seus direitos, violava seu direito de acesso à justiça, concretamente o direito a um juízo natural:

Sendo assim, esta Corte definiu que, levando em consideração a natureza do crime e o bem jurídico lesionado, a jurisdição penal militar não é foro competente para investigar e, conforme o caso, julgar e punir os autores de violações de direitos humanos sem que o processamento dos responsáveis corresponda sempre à justiça ordinária. Nesse sentido, a Corte em várias ocasiões indicou que “quando a justiça militar assume competência sobre um assunto que deve enfrentar a Justiça ordinária, se vê afetado o direito ao juízo

22 Estabelece: “Artigo 57.- São crimes contra a disciplina militar:

I...

II. - os de ordem comum ou federal, quando em sua comissão tenha ocorrido qualquer uma das circunstâncias expressas a seguir:

a). - Que sejam cometidos por militares estando em serviço ou por motivos de atitudes do mesmo;”

natural e, *a fortiori*, ao devido processo”; o qual, por sua vez, encontra-se intimamente ligado ao próprio direito de acesso à justiça. O juiz encarregado do conhecimento de uma causa deve ser competente, além de independente e imparcial²³.

Trata-se de uma jurisprudência amplamente desenvolvida sobre jurisdição militar, no contexto de justiça transicional, que se inicia no *Caso Castillo Petruzzi e Outros vs. Peru*²⁴ e é citada em vários casos subsequentes²⁵.

3.2.3. O âmbito de reparação no *Caso Radilla Pacheco vs. México*

A) Garantias de não repetição: reformas legais e interpretação constitucional.

A CrIDH segue uma estruturação lógica ao advertir essa falta de acesso à justiça, e não há nada a resolver sobre a necessidade de reformas legais e uma distinta interpretação constitucional, e que evidentemente marcará o caminho para a jurisdição doméstica em sede constitucional *a posteriori*, concretamente, sobre as violações aos direitos humanos cometidas pelo Exército (parágrafos 337 – 342)

Dessa forma, a Corte Interamericana chegou a estabelecer, como garantias de não repetição, reformas legais no sistema jurídico mexicano, especialmente a modificação ao artigo 57, Fração II, a) do CJM, indicando que o Estado “*deve adotar, em um prazo razoável, as reformas legislativas pertinentes para compatibilizar a citada disposição aos citados padrões internacionais da matéria...*”²⁶

Porém, com relação ao artigo 13 da CPEUM, a CrIDH procedeu de outra maneira. Apesar de os peticionários terem solicitado expressamente sua modificação – em virtude da notória ambiguidade com que foi interpretado no México – o resultado foi diferente²⁷.

23 Parágrafo 273.

24 Sentença de fundo, reparações e custos, de 30 de maio de 1999.

25 Assim, o *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*, Sentença de fundo de 18 de agosto de 2000, parágrafo 112; *Caso Las Palmeras vs. Colômbia*, Sentença de fundo de 6 de dezembro de 2001, parágrafo 52; *Caso 19 comerciantes vs. Colômbia*, Sentença de fundo, reparações e custos, de 5 de julho de 2004, parágrafo 167; *Caso Lori Berensón Mejía vs. Peru*, Sentença de fundo, reparações e custos, de 25 de novembro de 2004, parágrafo 141; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentença de fundo, reparações e custos, de 22 de novembro de 2005, parágrafo 143.

26 Parágrafo 342.

27 “Os representantes solicitaram a este Tribunal que ordene ao Estado realizar uma reforma do artigo 13 constitucional, que regula a legislação militar, em virtude de que, “ainda que no início o artigo pareça não gerar problema algum, as interpretações que dele foram feitas [...] levam à necessidade de solicitar sua reforma para alcançar a precisão necessária que impeça que elementos do Exército mexicano sejam julgados por tribunais militares quando cometerem violações aos Direitos Humanos” Parágrafo 337.

Mediante o controle da convencionalidade, a Corte Interamericana fez uma interpretação de acordo com a Constituição mexicana com relação ao artigo 8.1 da CADH, e com sua própria trajetória jurisprudencial, o que resultou na integração completa da disposição constitucional.

Isso implica que o artigo 13 da CPEUM não pode ser estendido nem aplicado senão com relação à Convenção Americana e à jurisprudência que a Corte Interamericana emitiu a respeito. Assim diz a mesma CrIDH em uma obrigação de interpretação que se estende ao Poder Judiciário²⁸, especialmente ao juízo de constitucionalidade.

Esse caso documenta claramente o que acontece na interação entre a ordem constitucional e internacional. Encontramo-nos, de um lado, frente à incidência de constitucionalidade das cortes internacionais de direitos humanos, e de outro frente à necessidade de que os tribunais constitucionais, ao assumir a interpretação dos direitos fundamentais, construam seu conteúdo a partir dos tratados internacionais e da jurisprudência derivada dos mesmos. Um Direito constitucionalmente integrado, que não pode ser afetado pelo legislador ordinário nem pelos operadores jurídicos em geral²⁹.

Esse controle de convencionalidade nos conduz, por meio do critério de interpretação conforme, aos indicadores do controle de constitucionalidade da legislação secundária que regula o foro militar. A integração completa da jurisdição militar prevista no artigo 13 da CPEUM apresenta-se necessariamente com relação ao direito ao juízo natural contido no artigo 8.1 da CADH, bem como com a jurisprudência emitida no *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Isso deve nutrir qualquer projeto legislativo e interpretação judicial³⁰. Daí a inconstitucionalidade, não apenas pela não convencionalidade do artigo 57 Fração II, a) do CJM, como a Suprema Corte de Justiça da Nação deverá estabelecê-lo em seu momento, se é que não foram decididas antes as reformas dispostas pela Corte Interamericana.

28 “Com relação às práticas judiciais, este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que está ciente que os juízes e tribunais internos estão sujeitos à influência da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no pedido jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também se submetem a ele, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias a seu objetivo e finalidade, que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer um “controle de convenção” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente de acordo com suas respectivas competências e as regulamentações processuais correspondentes. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em consideração não apenas o tratado, mas também a interpretação do mesmo, feita pela Corte Interamericana, que é a última intérprete da Convenção Americana.” (Parágrafo 339).

29 Para uma aproximação do tema da interpretação em conformidade com o critério de aplicação da norma internacional sobre Direitos Humanos, me permito sugerir: Caballero, Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009.

30 A CrIDH conclui acerca desse ponto: “Sob este entendimento, este Tribunal considera que não é necessário ordenar a modificação do conteúdo normativo que regula o artigo 13 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos” (parágrafo 341).

Esse critério de interpretação deve integrar, igualmente, o conteúdo essencial do direito de acesso à justiça previsto no artigo 17 do CPEUM, bem como no artigo 20, parte “C”; item II relativo ao direito da vítima a “intervir em juízo”³¹.

Dessa forma, a leitura transversal dos artigos 13, 17 e 20, “C”; item II do CPEUM, com relação aos artigos 8.1 e 25 da CADH, e a interpretação desses dada pela CrIDH, especificamente no *Caso Radilla Pacheco vs. México*, nos indica que o conteúdo essencial do direito de acesso à justiça implica que esse deve ter lugar diante do juízo natural, ou seja, de um tribunal competente, independente, imparcial, que estende essa competência sobre um número indeterminado de casos, no qual a vítima deve estar claramente representada, podendo intervir em juízo. Portanto, a jurisdição militar deve se restringir única e exclusivamente aos delitos e faltas contra a disciplina militar, em um contexto que não envolva civis como sujeitos passivos do delito, menos ainda ante violações graves aos direitos humanos.

B) Outros tipos de reparação.

Além dessas considerações sobre verdade (contexto de investigações ministeriais e recuperação de memória), justiça e reparação mediante reformas legais, a Corte Interamericana deliberou outro tipo de reparação importante no contexto de justiça transicional:

- Continuar a busca e a localização dos restos do Senhor Rosendo Radilla (Restituição);
- O pagamento dos valores às vítimas por conceito de dano material e não material, bem como a restituição de gastos e custos (Compensação);
- Capacitação de servidores públicos, especialmente os do Poder Judiciário, sobre os critérios do Sistema Interamericano, limites da jurisdição penal e sobre o delito de desaparecimento forçado de pessoas (Garantias de não repetição);
- Prestar atenção psicológica às vítimas (Reabilitação).

31 “C. os Direitos da vítima ou do ofendido:

...

“Contribuir com o Ministério Público para que sejam recebidos todos os dados ou elementos de prova com os quais conte, tanto na investigação quanto no processo, a quem sejam atribuídas as diligências correspondentes, e para intervir em juízo e interpor os recursos nos termos previstos na lei.”

IV. CONCLUSÕES

- 1 - A sentença fortalece de maneira importante a jurisprudência sobre o direito ao juízo natural e a excepcionalidade da jurisdição militar para julgar violações graves aos direitos humanos, o que constitui a estrutura central da deliberação e que também expõe a impunidade pela qual o México transitou em matéria de justiça transicional.
- 2 - Nesse sentido, a sentença também fortalece a veia jurisprudencial da Corte Interamericana sobre a atenção a violações sistemáticas aos direitos humanos diante de processos de justiça transicional e que se conforma fundamentalmente pelos seguintes aspectos:
 - a) A proibição e o castigo dos crimes contra a humanidade como norma de *ius cogens*;
 - b) A impossibilidade de sua prescrição em virtude do dano que provocam à humanidade como um todo, e independente de quanto tempo foi cometido;
 - c) A proibição de gerar legislação de anistia que favoreça a impunidade;
 - d) A obrigação de não estender à jurisdição militar em casos de violações aos direitos humanos das vítimas.
- 3 - A sentença ainda constitui um insumo instrutivo porque inclui uma receita para o México nas áreas pendentes de justiça transicional: verdade – memória, prestação de contas, justiça, reparação em todas as suas variantes, reformas legais inclusive.
- 4 - Não obstante, apesar desse fato, me parece que existem algumas deficiências. Em primeiro lugar, mesmo e quando se referir ao sistema de reparação integral estabelecido na Secretaria de Governo na sequência do trabalho do Ministério Público Especial³², não o retoma como medida plausível a fim de continuar com um sistema pertinente de reparações. É o único aspecto que se mantém dos processos de justiça transicional e me parece que era importante posicioná-lo. Outro aspecto é o projeto institucional. Apesar de a sentença evidenciar o mau resultado do Ministério Público Especial, surgiu o fato de insistir na necessidade de oferecer um projeto institucional pertinente para fins de continuar com o processo de justiça transicional, sem que necessariamente isso implique um pronunciamento sobre o modelo, o que não é próprio de um tribunal internacional.



Parece-me que era importante para o México que a Corte Interamericana esclarecesse que existe ainda uma questão pendente e que deixasse o imaginário aberto para o que pode ser uma comissão ou comissões da verdade localizadas regionalmente³³, ou uma de tipo nacional que possa documentar a recuperação de memória histórica pendente, bem como os saldos em matéria de reparação com respeito aos crimes da Guerra Suja³⁴.

33 Uma proposta que se estende aos diferentes processos pendentes de justiça transicional nas entidades federativas ou regiões. Priscilla Hayner retoma a proposta. *Op. Cit*, p. 364. Os assuntos pendentes em matéria de justiça transicional também compreendem violações sistemáticas dos Direitos Humanos em outros contextos e em outras épocas, sobre as quais seria importante ao menos continuar com o processo de recuperação da memória histórica e reconhecimento de responsabilidades. Por exemplo, as comunidades indígenas (veja o caso da comunidade Yaqui no norte do México); ou o tema não suficientemente resolvido de “La Cristiada”, que gerou uma Guerra Civil entre 1926 e 1929, após a aplicação *ad litteram* da Constituição de 1917, quanto à liberdade religiosa e ao culto público.

34 Hayner, *Ibidem*, p. 372.



A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA E O DIREITO INTERNACIONAL¹

Deisy Ventura

Professora de Direito Internacional do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, Visiting Scholar do Instituto de Altos Estudos Internacionais e do Desenvolvimento (IHEID, Genebra) e doutora em Direito da Universidade de Paris 1, Panthéon-Sorbonne

*Em primeiro lugar, instrumentos normativos internacionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, o costume internacional não pode ser fonte de Direito Penal sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, **conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente Arellano x Chile, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8/11/2002), porém apenas para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.***

Brasil, Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N. 153* (grifo meu)²

– It is an honest ghost, that let me tell you.

Shakespeare, *Hamlet*, Cena V

¹ O presente artigo foi originalmente publicado na *Revista de Direito do Estado* (Rio de Janeiro, Renovar) nº 17-18/2010, que autorizou sua reprodução nesta Revista. Trata-se da versão revista e aumentada do trabalho apresentado no Seminário *Amnesty in the Age of Accountability: Brazil in Comparative and International Perspective* ocorrido em Oxford, nos dias 22 e 23 de outubro de 2010, organizado pelo Centro de Estudos Latino Americanos da Universidade de Oxford e pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, com apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

² Acórdão de 29/4/10, pub. 06/8/10, DJe 145. A epígrafe corresponde à citação, feita pelo Ministro-Relator Eros Grau (§42, p. 37, e repetida pelo Ministro Celso de Mello, à p. 194), de Nilo Batista, “Nota Introdutória”, In: U. Neumann, L.J. Swensson Junior, A. Martins e D. Dimoulis, *Justiça de Transição no Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 8-9.

I. INTRODUÇÃO

1 - Distintamente de outros Estados da América do Sul, é recente, no Brasil, o embate **judicial** sobre a possibilidade de processar e julgar os agentes públicos que praticaram violações graves e sistemáticas dos Direitos Humanos durante regimes de exceção. Nos últimos anos, diversas demandas buscaram a responsabilização, civil ou criminal, de alguns dos protagonistas da política de repressão patrocinada pela ditadura militar brasileira (1964-1985). Entre elas, duas são as principais e encontram-se justapostas:

- o *Caso Gomes Lund e outros contra o Brasil*³, conhecido como o *Caso Guerrilha do Araguaia*, recentemente julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos;
- e a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF - N. 153*, proposta pelo *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)*, junto ao *Supremo Tribunal Federal (STF)*, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, objeto principal de minha breve preleção⁴.

2 - Começo por esclarecer que a OAB **não** requereu ao STF nem uma “revisão”, nem a declaração de “nulidade” da chamada *Lei de Anistia* (Lei n. 6.683, de 28/08/1979)⁵. Aliás, o Direito Internacional, em princípio, nada tem a opor-se às leis nacionais que anistiam crimes políticos. Por meio da *ADPF 153*, proposta em outubro de 2008, o que pede a OAB é “**uma interpretação conforme a 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”. O alvo da demanda é, portanto, o §1º do artigo 1º da referida Lei:

3 *Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a CIDH contra a República Federativa do Brasil*, Caso 11.552, *Julia Gomes Lund e outros*, propositura em 26/3/2009.

4 A decisão do STF vincula o julgamento de outras ações propostas no âmbito da jurisdição brasileira, entre elas: o *Caso Família Teles* ou *Caso Ustra* (Poder Judiciário do Estado de São Paulo – PJ/SP, *Ação Declaratória Cível* – ADC N. 583.00.2005.202853-5, *Janaína Teles et al. c. Carlos Alberto Brilhante Ustra*, propositura em 2005), sobre o qual já doutrinou Flavia Püschel (“The communicative function of civil liability: evidence from a case of impunity”, *Coleção de Artigos Direito GV, Working Paper* N. 20, São Paulo, junho de 2008); o *Caso Merlino* (PJ/SP, ADC, *Ângela Mendes de Almeida e Regina Merino Dias de Almeida c. Carlos Alberto Brilhante Ustra*, prop. em 2008); além das representações e ações do Ministério Público Federal (lista disponível em <www.prr3.mpf.gov.br>).

5 A confusão que foi semeada, junto à opinião pública brasileira, a respeito do pedido da OAB está diretamente relacionada à tese dita “dos dois lados”, preconizada por alguns dos ministros da Suprema Corte, em especial por seu ex-presidente Gilmar Mendes. De acordo com essa tese, amplamente sustentada pelos meios de comunicação e pela classe política, a *Lei de Anistia* somente poderia ser questionada em bloco, o que implicaria rever também a anistia concedida a militantes de esquerda. Trata-se de uma tardia e curiosa tradução jurídica da Guerra Fria.

“Art. 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo (sic) com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§1º - **Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”**

Alega a OAB, entre outros argumentos, que o dispositivo em pauta não foi objeto de recepção pela Constituição Federal de 1988, cujo artigo 5º XLIII reputa o crime de tortura como insusceptível de anistia ou graça; e que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu, em ao menos cinco casos, pela nulidade da “autoanistia criminal decretada por governantes”. Em abril de 2010, **o plenário do STF, por 7 votos a 2, indeferiu o pleito**, mantendo a interpretação da *Lei de Anistia* que obstaculiza o julgamento dos “torturadores”. A OAB apresentou embargos declaratórios à decisão, sobre os quais a Egrégia Corte ainda não se manifestou.

- 3 - A emergência tardia “e, até então, malfadada – desse contencioso é reflexo de uma volátil acepção brasileira do compromisso internacional de julgar grandes violadores de Direitos Humanos, e de sua indiferença ao princípio de *aut dedere aut iudicare*, patente em numerosos episódios de nossa história. Recorde-se a concessão de asilo político ao general Alfredo Stroessner, cruel ditador do Paraguai entre 1954 e 1989, residente no Brasil de 1989 até 2006, quando de seu falecimento em total impunidade. Ou a recentíssima hesitação da Corte Suprema brasileira diante do pedido de extradição, formulado por Argentina e Uruguai, do major do Exército uruguaio Manuel Cordero Piacentini. Note-se que, no *Caso Cordero*⁶, estava em questão a possibilidade de julgar e punir um dos protagonistas da única iniciativa supranacional bem sucedida no Cone Sul: a *Operação Condor*, que assegurou a repressão política cooperativa entre a Argentina, a Bolívia, o próprio Brasil, o Chile, o Paraguai e o Uruguai nos anos ditos de chumbo. Embora, ao final do processo, o STF tenha deferido parcialmente a extradição, a medida foi inicialmente refutada pelo voto do relator, ministro Marco Aurélio, nos seguintes termos (grifo meu):

“Em última análise, o Supremo está a enfrentar, neste caso, na via indireta, é certo, a problemática alusiva a tema que, há pouco, esteve em voga” o alcance da anistia. **Se**

deferida esta extradição, assentar-se-á a viabilidade de persecução criminal, de responsabilidade administrativa e civil, no tocante a fatos cobertos pela anistia e, então, esvaziada na essência será esta última, não mais implicando a suplantação de quadra indesejada. **Feridas das mais sérias, considerando repercussões de toda ordem, poderão vir a ser abertas.** Isso não interessa ao coletivo. Isso não interessa à sociedade, presentes valores maiores. Isso resultará em retrocesso dos mais nefastos. (...) Grassará o conflito sem limites”⁷.

- 4 - A tendência à omissão no julgamento de autores de crimes contra a humanidade **contradiz**, todavia, tanto a nova ordem constitucional brasileira, humanista e democrática, quanto **o teor das obrigações internacionais paulatinamente assumidas pelo Brasil** graças às numerosas convenções relativas aos Direitos Humanos firmadas e incorporadas à ordem jurídica pátria. Assim, o processo de definição da posição do Estado brasileiro sobre o eventual “julgamento dos torturadores” refletiu uma profunda fissura uterina: confrontaram-se, em dois grandes blocos, as principais pastas do Poder Executivo. À origem da *ADPF 153*, encontra-se uma audiência pública, convocada pelo Ministério da Justiça e pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos, em julho de 2008, com o apoio da OAB e de relevantes setores dos movimentos sociais. No polo oposto, e reativo, perfilaram-se a Casa Civil, as pastas das Relações Exteriores e da Defesa. É bem verdade que o governo brasileiro, embora, de regra, situado “à esquerda” nas clivagens político-partidárias, baseia-se sobre uma larga coalizão, capaz de dar guarida até a colaboradores, abertos ou velados, do regime militar. Surpreendente, porém, é o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, ele mesmo vítima da repressão política, ter arbitrado o dissenso governamental em favor dos segundos, e, a seguir, exercido notória pressão para que o STF indeferisse a *ADPF 153*⁸.
- 5 - Considerando a presença, neste colóquio, de especialistas de variadas disciplinas, que dissecarão o tema em apreço sob diferentes prismas, prefiro dedicar-me simplesmente a demonstrar que, entre os seus muitos efeitos nefastos, **o indeferimento da *ADPF 153* contribui para o aprofundamento da mescla entre a ignorância e o desprezo pelo**

7 Ibid., ps. 11-2. O ministro Marco Aurélio retomará este voto durante o julgamento da *ADPF 153*, apontando a contradição entre o deferimento da extradição de Cordero e o indeferimento da nova interpretação da Lei de Anistia brasileira: “**Pena que essa extradição tenha sido julgada em 2009 e não após esse crivo. (...) Presidente, o que houve?**”, p. 154-5. V., mais adiante, a nota 81 do presente texto sobre a discussão em plenário do vínculo entre a *ADPF 153* e o *Caso Cordero*. V. igualmente Tarciso Dal Maso e Deisy Ventura, “STF: Lobos em pele de Cordero?” *Carta Capital*, 03/10/2008; e Deisy Ventura, “Terrorismo de Estado”, *Folha de S. Paulo*, 19/11/09.

8 Ao longo de seus dois mandatos, o ex-presidente Lula nomeou seis entre os onze ministros que integram a Corte, **e está por nomear o sétimo**. Autorizo-me a pensar, com Michel Foucault, que, no caso em espécie, “o governo se interessa apenas pelos seus interesses” (*Naissance de la biopolitique “ Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris: Gallimard, 2004, p. 47). Logo, não é coincidência que o STF tenha enfrentado a espinhosa questão em plena campanha para as eleições presidenciais de 2010: de uma parte, freou, por força do indeferimento da Ação, as incômodas demandas em curso na jurisdição nacional; de outra parte, procurou evitar uma também incômoda condenação do Brasil pelo juiz interamericano no *Caso Araguaia*, tanto ao oferecer-lhe uma nova interpretação da história e do direito brasileiros, como ao constrangê-lo, antecipando uma decisão sobre tema do qual se ocupa igualmente a CIDH.

Direito Internacional público que ainda caracterizam a cultura jurídica brasileira. Após um breve panorama das decisões recentes da Suprema Corte que dizem respeito a questões internacionais (II), tratarei do Direito convencional ausente no acórdão (III), da equivocada percepção jurisprudencial sobre o costume internacional como fonte de Direito Penal no Brasil (IV) e do alcance da jurisprudência da CIDH sobre o caso concreto (V), para tecer, ao final, algumas observações conclusivas (VI).

II. DO ESTATALISMO AO PROVINCIANISMO JURÍDICO: UM SOBREVÃO DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STF SOBRE QUESTÕES INTERNACIONAIS

- 6 - A abertura dos mercados, tônica das economias latino-americanas nos anos 1990, cuidou de estabelecer uma clivagem entre, de um lado, as normas internacionais de natureza econômica, particularmente as comerciais, que merecem um grau satisfatório de efetividade no Brasil, baseado antes no pragmatismo mercantilista do que na boa doutrina; e, de outro, as demais regras de fonte internacional, em particular as normas protetivas dos Direitos Humanos, que ainda parecem ser, para muitos, “um apêndice um pouco suspeito do Direito Internacional”⁹. Quando se trata do STF, a gravidade do fenômeno amplifica-se, na medida em que tal instituição acumula as funções de corte constitucional e órgão recursal máximo da organização judiciária brasileira. Já se fala de uma *Supremocracia* brasileira, em alusão a um duplo fenômeno: de uma parte, a partir de 2005, com o advento da súmula vinculante, o Supremo tornou-se capaz de “governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil”, enquadrando juízes e tribunais resistentes a suas decisões; de outra banda, houve uma expansão da autoridade da Corte, em detrimento dos demais Poderes da República¹⁰. Contudo, enquanto a classe política e os meios jurídicos abordam sem fadiga o poder crescente do STF no plano interno, pouco se avalia a dimensão internacional de seu labor jurisdicional.

9 Pierre-Marie Dupuy e Yann Kerbrat, *Droit international public*. 10 ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 239. Para esses autores, bem ao contrário, “o Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui um domínio literalmente essencial da ordem jurídica internacional atual, no coração da qual ele aparece cada vez mais manifestamente assentado, quaisquer que sejam, por outro lado, as vicissitudes de sua efetiva implementação” (*ibid.*, p. 241).

10 Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, *Revista Direito GV SP*, 4 (2), p. 441-464, jul-dez 2008.

7 - Ao mesmo tempo em que o Poder Executivo ambiciona um papel de destaque no cenário internacional, erigindo a política externa brasileira, com histórico ineditismo, à condição de tema de primeiro plano no debate político nacional, a cúpula do Poder Judiciário é desafiada por numerosas demandas que transcendem a ordem interna. Para compreender essa evolução, é indispensável referir-se ao menos quatro decisões recentes do STF.

- No *Caso Al Bashir*¹¹, o *Tribunal Penal Internacional* formulou ao Estado brasileiro o pedido de detenção e entrega do chefe de Estado da República do Sudão, com base no artigo 5º do *Estatuto de Roma*¹². A Presidência do STF denegou, em princípio, o pedido, preferindo encaminhá-lo à Procuradoria Geral da República, alertando-a quanto às “controvérsias jurídicas em torno da compatibilidade de determinadas cláusulas do Estatuto de Roma em face da Constituição do Brasil”, assim como da “alta relevância jurídico-constitucional de diversas questões suscitadas pela aplicação doméstica do *Estatuto de Roma*”¹³. Dito de outro modo, a Presidência do STF incitou o Ministério Público Federal a arguir a inconstitucionalidade do tratado fundador do *Tribunal Penal Internacional*¹⁴.
- No polêmico *Caso Battisti*¹⁵, em 18/11/2009, a Corte anulou o ato administrativo do então ministro da Justiça, Tarso Genro, que concedeu refúgio ao italiano Cesare

11 STF, *Petição 4.625-1 República do Sudão*, Decisão de 17/07/09, pub. Em 04/8/09 DJe N. 145.

12 Firmado em 17/07/1998 e incorporado ao Direito brasileiro pelo *Decreto 4.388*, de 25/9/2002.

13 Ementa da Decisão do *Caso Al Bashir* (op. cit. nota 11 supra) in fine. Encontrava-se em exercício da Presidência, no momento da decisão, o ministro Celso de Mello, baluarte da teoria dualista (sobre as relações entre as ordens internacional e interna) na Corte Suprema brasileira. Não esqueçamos que, em 1997, no *Caso Porto de Belém* (STF, *Carta Rogatória 8.279 República Argentina*, Decisão de 04/5/1998, pub. em 14/5/1998), também numa Decisão da Presidência, o ministro Celso de Mello, por um lado, reafirmou o entendimento jurisprudencial da Corte, qual seja o da equivalência hierárquica entre normas de fonte internacional e normas internas, e, por conseguinte, a prevalência dos princípios *lex posteriori derogat priori* e *lex specialis derogat generalis* como regras de solução de conflito de normas no Brasil. Por outro lado, como nunca antes no labor pretoriano, o ministro Mello detalhou o *iter* de incorporação da norma internacional ao Direito brasileiro. O objeto da lide era a aplicação do *Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul*, de 16/12/1994, aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo N. 192/1995) e cujo instrumento de ratificação já havia sido depositado pelo governo brasileiro em 18/3/1997. Mello, negou, porém, sua vigência, eis que o Protocolo não havia sido promulgado, mediante Decreto, pelo presidente da República. Alheio ao fato de que o Protocolo em tela era **direito derivado** do Tratado de Assunção, este sim Direito originário do Mercosul, e, já à época, plenamente vigente no Brasil, o plenário do STF confirmou, por unanimidade, o entendimento de Mello, rechaçando o *Agravo Regimental* interposto pela Argentina (Dec. de 17/6/1998, pub. 10/8/2000) – o que me levou a chamar os seus magistrados de “nostálgicos de uma aduana de normas” (tomando emprestada a expressão de Denys Simon sobre os dualistas e o direito comunitário europeu, v. Deisy Ventura, *Les asymétries entre le Mercosur et l’Union européenne*, Paris: L’Harmattan, 2003, p. 119 e ss). A partir de 2008, a jurisprudência da Corte conhece uma ligeira evolução, porém restrita aos tratados internacionais de Direitos Humanos, como veremos a seguir.

14 Para o ministro Celso de Mello, o STF precisa discutir: “o reconhecimento, ou não, da competência originária do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em causa; a possibilidade de entrega da pessoa reclamada, ao Tribunal Penal Internacional, pelo Governo do Brasil, considerado o modelo constitucional entre nós vigente (CF, art. 5º, XLVII, b), nos casos em que admissível, pelo *Estatuto de Roma*, a imposição da pena de prisão perpétua (Art. 77, n. 1, b); a imprescritibilidade de todos os crimes previstos no Estatuto de Roma (Art. 29); a impossibilidade de invocação, por chefe de Estado, de sua imunidade de jurisdição em face do Tribunal Penal Internacional (*Estatuto de Roma*, Art. 27); a questão pertinente às relações entre o Estatuto de Roma (que descreve os denominados *core crimes*), complementado pelo Anexo referente aos *Elements of Crimes*, adotado em 09/09/2002, e o postulado constitucional da reserva de lei formal em matéria de definição (que há de ser prévia) de tipos penais, bem assim das respectivas sanções, notadamente em face da indeterminação das penas por parte do Estatuto de Roma, eis que não foram por ele cominadas de modo específico e correspondente a cada tipo penal; o reconhecimento, ou não, da recepção, em sua integralidade, do Estatuto de Roma pela ordem constitucional brasileira, considerado o teor do §4º do art. 5º da Constituição”, Decisão do *Caso Al Bashir* (ref. Nota 11 supra), p. 13.

15 STF, *Extradicação 1.085 República Italiana*, acórdão de 16/12/09, pub. 15/4/10 DJe N. 67. Ver, por ex., voto do ministro Gilmar Mendes na *ADPF 153*, que cita o *Caso Battisti* para destacar a “dificuldade teórica e prática de se definir o que seja crime político e de distingui-lo de crimes comuns conexos ou cometidos com motivação política” (p. 234).

Battisti, ocasionando inquietante retrocesso em relação ao *status* do Direito Internacional dos refugiados na ordem brasileira. Não contente, passou à estapafúrdia (e, diga-se de passagem, *extra petita*) discussão sobre a questão de saber se o presidente da República seria obrigado a cumprir a decisão do STF, isto é, se o chefe do Executivo teria ou não a última palavra em matéria de extradição¹⁶. Daí resultou uma sentença obscura quanto ao caráter discricionário do ato de extradição, que o plenário do STF foi obrigado a retificar posteriormente. A ementa final do acórdão deságua em curiosa fórmula: o presidente da República deve cumprir o tratado de extradição entre Brasil e Itália¹⁷.

- No chamado *Caso dos pneus*¹⁸, o STF, por meio de opaca fundamentação, manteve acavalados julgamentos de primeira instância da jurisdição brasileira, um laudo arbitral do sistema de solução de controvérsias do Mercado Comum do Sul (Mercosul)¹⁹ e uma decisão do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC)²⁰, todos sobre a licitude da restrição da importação de pneus usados, empreendida pelo Brasil, na última década, por razões sanitárias e ambientais²¹. Em acórdão ainda não publicado²², o STF considera, em geral, que os valores constitucionais de preservação do meio ambiente e da saúde prevalecem em relação às normas comerciais, mas surpreendentemente mantém a permissão da importação de pneus usados oriundos do Mercosul, assim como aquela feita

16 Já a Corte Suprema argentina, ao deslindar o também polêmico *Caso Apablaza*, reafirma que a decisão final sobre a extradição corresponde ao Poder Executivo e reitera a obrigação internacional de *non réfoulement* em relação ao refugiado (*Corte Suprema de Justicia de la Nación*, R.O. A 1579 XLI, *Apablaza Guerra*, acórdão de 14/9/10, §11).

17 Reza a ementa retificada, *in fine*: “Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariade do presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do presidente da República. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando.”

18 STF, *ADPF 101 Presidência da República*, acórdão de 26/6/09, não publicado.

19 *Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do Mercosul constituído para entender da controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Federativa do Brasil sobre a proibição da importação de pneus remoldados (remolded) procedentes do Uruguai*, conhecido como *Laudo VI*, de 09/1/2002. Disponível em <www.mercosur.int>.

20 OMC, *DS332 Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, dossiê disponível em <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm>.

21 A respeito, não há mais lúcida doutrina do que a de Marcelo Neves: “A posição do governo brasileiro, que rejeitou a importação de pneus usados da União Europeia com base em argumentos ecológicos e referentes ao direito à saúde, mas, simultaneamente, admitiu a importação do mesmo produto quando proveniente do Uruguai e do Paraguai, **parece inconsistente tanto do ponto de vista interno quanto internacional: não era satisfatória para a OMC nem para o Mercosul, muito menos para uma perspectiva consistente do Direito Constitucional estatal concernente à proteção do meio ambiente**. Até o julgamento da *ADPF 101/2006* [*Caso dos pneus*], a prática inconsistente e oportunista revelou que o caminho percorrido pelo governo brasileiro, no caso da importação dos pneus usados, afastou-se de um modelo aberto às exigências do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, antes se aproximando de **uma mistura de ‘pragmatismo’ simplório na política externa e provincianismo jurídico-constitucional**”, *Transconstitucionalismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 248.

22 Chama a atenção, a propósito, que a ministra relatora Cármen Lúcia tenha indeferido os embargos de declaração interpostos por uma *amica curiae* na ação (que sustenta, com razão, a obscuridade da sentença da Corte) sob o argumento de que “o acórdão objeto dos embargos opostos ainda não foi juntado aos autos, motivo pelo qual o recurso é extemporâneo”, Despacho de 17/8/2009.

por importadores já beneficiados por decisões transitadas em julgado na jurisdição brasileira²³.

- Enfim, no *Caso da prisão do depositário infiel*²⁴, relativo à compatibilidade entre a ordem brasileira e o *Pacto de São José da Costa Rica*²⁵, a Corte firma o entendimento jurisprudencial de que os tratados de Direitos Humanos, desde que aprovados conforme o procedimento especial previsto pelo artigo 5º §3º da Constituição Federal, desfrutam de hierarquia constitucional; os que não forem unguídos por esse procedimento encontram-se em posição supralegal, mas infraconstitucional.

8 - Na impossibilidade de tratar detidamente de cada um desses densos casos, é preciso ao menos esclarecer, com base no último, o *status* do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil. A Constituição de 1988 foi silente a respeito da posição hierárquica dos tratados internacionais na ordem brasileira. Dezesesseis anos após o seu advento, com o escopo de suprir tal omissão, dispôs a *Emenda Constitucional N. 45*, de 08/12/2004: “os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição” (artigo 5º §3º). Ora, dita emenda, *pior do que o soneto*, veio turbar ainda mais o debate, não tanto pela exigência de quorum qualificado, que é obtido, em geral, quando da incorporação desse tipo de regra, mas, sobretudo, pela ausência pregressa do procedimento de votação em dois turnos. Logo, a *EC 45* praticamente clivou tais tratados entre os anteriores e os posteriores a 2004. Enfim, *grosso modo*, subsistem, no debate brasileiro, quatro entendimentos sobre o *status* do Direito Internacional dos Direitos Humanos: a) o da hierarquia supraconstitucional; b) o da hierarquia constitucional, majoritário na doutrina humanista; c) o da hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, tese preponderante no

23 Segundo um boletim da Corte, “entendeu-se, em síntese, que, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais revelaria que as decisões que autorizaram a importação de pneus usados ou remoldados teriam afrontado os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos artigos 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF (Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. ... Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações’), *Informativo do STF N. 552*, de 22-26/6/09, disponível em <www.stf.jus.br>.

24 Depois de alguns anos de discussão, no dia 3 de dezembro de 2008, o plenário do STF julgou três processos concernentes à prisão do depositário infiel: o *Habeas Corpus 87.585/TO*, acórdão de 03/12/2008, pub. 26/6/09 DJe N. 118; *Recurso Extraordinário 349.703/RS*, acórdão de 03/12/2008, pub. 05/6/09 DJe N. 104; e *Recurso Extraordinário 466.343-1*, acórdão de 03/12/2008, pub. 05/6/09 DJe N. 104.

25 *Convenção Americana de Direitos Humanos*, adotada em 22/11/1969 no âmbito da Organização dos Estados Americanos, incorporada no Brasil pelo Decreto N. 678, de 6/11/1992. O artigo litigioso do Pacto é o 7.7: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”, em cotejo com o art. 5º LXVII da Constituição brasileira: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

STF; e d) o da paridade entre tratado e lei federal, tese hoje dominante no STF apenas em relação aos tratados internacionais em geral²⁶.

- 9 - Que traços comuns poderíamos reter entre tão diferentes casos? Ao menos três. Em primeiro lugar, todos desembocam em decisões que **atravancam a prestação jurisdicional do Estado no plano interno e comprometem a imagem do Brasil no plano externo**, seja pela simples obscuridade formal das sentenças, seja por sua incapacidade de encontrar, no mérito, soluções jurídicas à altura das demandas²⁷. Em segundo lugar, o STF, confirmando a já mencionada ideia da *Supremocracia*, procura abocanhar competências do Poder Executivo em matéria internacional. Paradoxalmente, o faz – e aí emerge o terceiro traço comum entre os casos citados – demonstrando assombrosa imperícia no que atine ao Direito Internacional. O enfoque da Corte, ao enfrentar processos que envolvem diversas ordens jurídicas e jurisdições internacionais, regionais e/ou locais, é eminentemente **estatalista**, baseado no Direito interno. Quando muito, os ministros aplicam a norma internacional *se e quando* ela está em concordância com ou é equivalente ao Direito interno; neste caso, é o último, e não o Direito Internacional, que o juiz está “preparado, técnica mas também psicologicamente, para aplicar e fazer respeitar”²⁸. Logo, de modo geral, **o STF aplica pouco e mal o Direito Internacional**; ignora o grande debate contemporâneo sobre a internacionalização do Direito e o transconstitucionalismo; raramente ultrapassa os manuais mais batidos, não raro desatualizados, da doutrina internacionalista; praticamente despreza a jurisprudência internacional; e vale-se escassamente do Direito Comparado, quase sempre incorrendo, quando o faz, em grandes incompreensões dos sistemas jurídicos alheios. Assim, posta em perspectiva com essas decisões recentes do STF, a *ADPF 153* dá continuidade a uma postura que pode ser definida como *provincianismo jurídico*²⁹. Retomarei, mais adiante, essa expressão.

26 Flavia Piovesan, “Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF” Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Para Piovesan, partidária da segunda corrente, a hierarquia constitucional dos tratados de Direitos Humanos deduz-se do artigo 5º §2º da Constituição Federal, independentemente da desafortunada emenda: “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

27 Assim, Battisti continua preso em Brasília, e resta imprevisível o que o Presidente da República fará a respeito; a decisão sobre os pneumáticos lança o Brasil em violação do ordenamento da OMC, ao mesmo tempo em que importações de pneus usados continuam ocorrendo, embora reconhecida, em tese, a prevalência do Direito Constitucional Ambiental e Sanitário; o *Caso Al Bashir* ameaça gratuitamente a vigência do *Estatuto de Roma* e as obrigações do Brasil junto ao *Tribunal Penal Internacional*; e escassos tratados de direitos humanos desfrutam de hierarquia constitucional no Brasil.

28 Pierre-Marie Dupuy, “The Unity of Application of International Law at the Global Level and the Responsibility of Judges”, *European Journal of Legal Studies*, V.1, N.2, dezembro de 2007. Disponível em <www.ejls.eu/index.php?id=2>.

29 Além de Marcelo Neves (nota 21 *supra*), lembremos Bruce Ackerman em relação aos Estados Unidos: “If anything, American practice and theory have moved in the direction of **emphatic provincialism**. (...) We should resist the temptation of a **provincial particularism**”, “The Rise of World Constitutionalism”, *Occasional Papers. Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 4, 1996.

III. UM POSITIVISMO À LA CARTE: O DIREITO QUE NÃO HÁ NO ACÓRDÃO DA *ADPF 153*

10 - Tomemos a única referência ao Direito Internacional que figura na ementa do acórdão em apreço:

“A Lei n. 6.683/79 [*Lei de Anistia*] precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembleia Geral em 10/12/1984, vigorando desde 26/6/1987 – e a Lei N. 9.455, de 07/4/1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º XLIII da Constituição – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistia anteriormente a sua vigência consumadas”³⁰.

Ora, não haveria outro Direito Internacional positivo (expresso em convenções internacionais), relativo aos Direitos Humanos, vigente (incorporado formalmente na ordem jurídica interna), à época, no Brasil? Evidente que sim. Segundo o Ministério das Relações Exteriores, eram os seguintes os atos multilaterais em vigor no Brasil, no âmbito dos Direitos Humanos, entre 1964 e 1985³¹:

Título	Data de Assinatura	Promulgação	
		Decreto N.	Data
Convenção sobre a Escravatura	25/09/1926	66	14/07/1965
Convenção sobre o Instituto Indigenista Interamericano	24/02/1940	36098	19/08/1954
Acordo Relativo à Concessão de Título de Viagem para Refugiados sob Jurisdição do Comitê Intergovernamental de Refugiados	15/10/1946	38018	07/10/1955
Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher	02/05/1948	31643	23/10/1952
Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos à Mulher	02/05/1948	28011	19/04/1950
Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio	09/12/1948	30822	06/05/1952
Declaração Universal dos Direitos Humanos	10/12/1948		

30 No mesmo sentido, o voto do ministro Celso de Mello: “essa anterioridade temporal impede que a Lei de Anistia, editada em 1979, venha a sofrer desconstituição (ou inibição eficaz) por parte desses instrumentos normativos, todos eles promulgados – insista-se – após a vigência daquele benéfico diploma legislativo”, p. 185.

31 BRASIL, Ministério das Relações Exteriores, Divisão de Atos Internacionais. Disponível em <www2.mre.gov.br/dai>.

Título	Data de Assinatura	Promulgação	
		Decreto N.	Data
Convenção para Melhoria da Sorte de Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha (I)	12/08/1949	42121	21/08/1957
Convenção para Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar (II)	12/08/1949	42121	21/08/1957
Convenção Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (III)	12/08/1949	42121	21/08/1957
Convenção Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra (IV)	12/08/1949	42121	21/08/1957
Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados	02/07/1951	50215	28/01/1961
Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher	31/03/1953	52476	12/09/1963
Convenção Rel. à Escravatura de 1926, em. pelo Protocolo aberto à assinatura na ONU	07/12/1953	58563	01/06/1966
Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura	07/09/1956	58563	01/06/1966
Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial	07/03/1966	65810	08/12/1969
Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados	31/01/1967	70946	07/08/1972

11 - Entre as normas internacionais de vigência incontroversa no país, destacam-se, pois, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* e a *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*, pilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos; e as *Convenções de Genebra*, que constituem a pedra angular do Direito Internacional humanitário³². Não há dúvidas sobre o grau de adesão do Brasil, um dos 51 Estados fundadores da *Organização das Nações Unidas*³³, ao movimento internacionalista que sucedeu a Segunda Guerra Mundial³⁴, gerador não somente do sistema institucional *onusiano*, mas do cerne convencional do processo de universalização dos Direitos Humanos, em curso até nossos dias. No entanto, **este Direito Internacional convencional não foi empregado, em momento algum, no julgamento da ADPF 153**. Não se cogita a aplicação de tais Convenções sequer em seu mais qualificado voto, o do dissidente ministro Ricardo Lewandowski, que assim rechaça o debate sobre os crimes de lesa-humanidade (grifo meu):

“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 instrumentos internacionais (dentre outros, nos seguintes documentos internacionais: **Convenção de Haia,**

32 Sobre a relação entre o Direito Internacional Humanitário e os Direitos Humanos, v., p.ex., Robert Kolb, “Aperçu de l’histoire de la Déclaration universelle des droits de l’homme et des Conventions de Genève”, *Revue internationale de la Croix-Rouge* N. 831, 1998, p. 437-447.

33 O Decreto N. 19.841, de 22/10/1945, “promulga [no Brasil] a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça”.

34 Recorde-se que a primeira participação do Brasil em forças de paz das Nações Unidas ocorreu em janeiro de 1957, com o envio de 600 soldados ao Egito, no chamado “Batalhão de Suez”.

Estatuto do Tribunal de Nüremberg, Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, ratificados pelo Brasil, respectivamente, em 02 de janeiro de 1948, em 21 de setembro de 1945 e em 24 de setembro de 2002)³⁵, que seriam imprescritíveis e 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”³⁶.

- 12 - Do muito que se poderia dizer acerca das descartadas normas, resta-me eleger dois comentários simples. O primeiro é breve, mas taxativo: a *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio* já traz, em 1948 (e para o ordenamento positivo brasileiro, por força de sua incorporação, no ano de 1952), a noção de **crime internacional**³⁷. Em segundo lugar, no que atine ao alcance das *Convenções de Genebra*, nunca é demais precisar que, em virtude de seus três primeiros artigos, comuns às quatro Convenções, as Partes comprometem-se a respeitá-las “em todas as circunstâncias” (art. 1). Dito de modo singelo, as Convenções de 1949, muito além de um direito da **guerra entre Estados**, “cobrem essencialmente as regras que se aplicam às pessoas em poder de uma Parte adversa”³⁸. Prescreve o seu artigo 3º [grifo meu]:

“No caso de **conflito armado que não apresente um caráter internacional** e que **ocorra no território de uma das Altas Partes Contratantes**, cada uma das Partes no conflito será obrigada, pelo menos, a aplicar as seguintes disposições:

1 - As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das Forças Armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.

35 Ou seja, o ministro reconhece a vigência no Brasil de dois outros instrumentos não mencionados na informação oficial do Itamaraty, que, no seu modo de ver, definem os crimes de lesa-humanidade.

36 P. 115. Mais adiante, Lewandowski apenas menciona este conteúdo normativo, sem desenvolvê-lo: “ainda que se admita, apenas para argumentar, que o País estivesse em uma situação de beligerância interna (...), **mesmo assim os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao Direito Hhumanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado**”, p. 118. No segundo voto dissidente, o ministro Ayres Britto apenas refere, sem disso retirar consequência alguma, que a tortura, no caso em apreço, “é um crime de lesa-humanidade” (p. 142).

37 Na tradução oficial brasileira, conforme o art. 1º da Convenção, o genocídio “é um *crime do direito dos povos*, que desde já [as Partes Contratantes] se comprometem a prevenir e a punir”; na versão em francês, “*crime du droit des gens*”; em inglês, “*crime under international law*”.

38 Knut Dörmann, “Il faut faire un effort constant pour faire respecter le DIH”. Entrevista concedida à Frédéric Koller. *Le Monde*, 11/8/2009.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o **homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios;**

b) A tomada de reféns;

c) **As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;**

d) As condenações proferidas e as **execuções efetuadas sem prévio julgamento** realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados”³⁹.

Via de consequência, não repousa dúvida sobre a inconformidade a direito das condutas acima arroladas, quando empreendidas por um Estado Parte às Convenções.

- 13 - Ora, é juridicamente incontroverso que o art. 3º das Convenções de Genebra poderia ser invocado durante o regime militar brasileiro. Conforme a posição oficial do Estado, **havia um conflito armado em curso no território nacional**. Em guisa de exemplo, tome-se o Ato Institucional N. 14, de 05/9/1969, que modifica a Constituição Federal, com o escopo de adotar a pena de morte no Brasil (grifo meu):

CONSIDERANDO que atos de **guerra psicológica adversa e de guerra revolucionária ou subversiva, que atualmente perturbam a vida do País** e o mantém em clima de intranquilidade e agitação, devem merecer mais severa repressão;

CONSIDERANDO que a tradição jurídica brasileira, embora contrária à pena capital, ou à prisão perpétua, admite a sua aplicação na hipótese de guerra externa, de acordo com o Direito Positivo pátrio, consagrado pela Constituição do Brasil, que ainda não dispõe, entretanto, sobre a sua incidência em delitos decorrentes da **guerra psicológica adversa ou da guerra revolucionária ou subversiva;**

³⁹ Note-se que, por sua ratificação praticamente universal, as Convenções de Genebra costumam ser citadas como prova de que a interdição da tortura é uma norma costumeira internacional. V., p.ex., *Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, Prosecutor c. Furundzija, IT-95-17/1-T*, acórdão de 10/12/1998, §138.

Art. 1º - O § 11 do art. 150 da Constituição do Brasil passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar...⁴⁰.

Tampouco falta a configuração da materialidade das infrações previstas pelas Convenções: durante a ditadura militar, opositores ao regime⁴¹, adeptos da luta armada ou não, foram alvos de uma política pública de repressão ou de uma “política de hegemonia ideológica”⁴² tendente à sua aniquilação moral e/ou à sua eliminação física, amplamente documentada na historiografia brasileira. Além da planificação da tortura, tal política deu guarida, igualmente, a crimes sexuais, execuções sumárias e ocultação de cadáveres.

- 14 - Um grave problema de enfoque na identificação do Direito aplicável à demanda precisa, então, ser denunciado. Reconhecer apenas as obrigações internacionais “positivadas” em tratados incorporados ao Direito interno constitui uma tendência jurisprudencial que poderia ser criticada por si só⁴³. Mas não é o que farei neste momento. Contento-me em sublinhar que, ao refutar a aplicação da *Convenção sobre a Tortura* por ter vigência superveniente à da *Lei de Anistia*, o STF aparenta ser positivista. Nada mais do que aparência: tributário de sua própria lógica, o puro positivismo não permitiria escolher, entre as convenções internacionais, apenas aquelas que não estão em vigor, e somente para refutá-las, ignorando em absoluto as que são perfeitamente vigentes, mas não servem a dado escopo. Inova o STF, neste caso, ao praticar uma espécie de *positivismo à la carte*, e não sem profundas consequências. Independentemente do teor do veredicto, **tivesse a Corte enfrentado a questão de saber se as graves violações de Direitos Humanos praticadas por agentes públicos durante o regime militar configuram ou não crimes internacionais ou crimes contra a humanidade, o debate no STF teria ocorrido em**

40 A exemplo dos demais Atos Institucionais do regime militar, este é dotado de um dispositivo de exclusão de controle jurisdicional: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e Atos Complementares dele decorrentes, bem como seus respectivos efeitos” (art. 3º).

41 De fato ou supostos, pois abundam relatos de episódios de perseguição política de homônimos, parentes e amigos de militantes – em síntese, da população civil.

42 Para recuperar a expressão utilizada no *Caso Barbie* (França, Corte de Cassação, Câmara Criminal, AP 25/11/1986, Recurso 86-92714): constituem crimes imprescritíveis contra a humanidade “os atos desumanos e as perseguições que, em nome de um Estado que pratica uma política de hegemonia ideológica, foram cometidos de modo sistemático, não somente contra as pessoas em razão de seu pertencimento a uma coletividade racial e religiosa, mas também contra os adversários dessa política, qualquer que seja a forma de sua oposição”, p.3.

43 Aproveito para sublinhar, acerca do bolorento debate entre as teorias monista e dualista, que “tanto uma como a outra repousam, definitivamente, para além de suas radicais divergências, sobre uma concepção igualmente dogmática da ordem jurídica, caracterizada pela unidade de origem das normas que ela contém. Uma ordem é, então, indiferente a qualquer outra, cujas normas são, assim, reduzidas à posição de simples fatos sem pertinência jurídica. De modo que só pode haver uma alternativa: ou submeter-se (monismo, no qual o internacional prima sobre o interno) ou ignorar-se (dualismo). Tal intransigência faz grandes debates mas também as más querelas, e cada tese comporta sua parte de ilusões e de artificios”, Pierre-Marie Dupuy e Yann Kerbrat, *op. cit.*, p. 450.

diapásão doutrinário, legal e jurisprudencial radicalmente diverso. Caberia a uma Corte Suprema atenta à evolução do Direito da segunda metade do século passado travar esse debate. O STF preferiu, porém, ao longo das 266 páginas deste florão estatalista, desfilar revisões aventureiras da história, além da regurgitação de questões desprovidas de transcendência, se comparadas ao que o mundo jurídico construiu nos últimos 70 anos.

- 15 - Encaremos, pois, esse debate. Mireille Delmas-Marty bem sintetiza a percepção da doutrina e da jurisprudência internacionais sobre a peculiaridade dos crimes contra a humanidade:

“o ser humano, mesmo profundamente inserido num grupo, não deveria jamais perder a sua individualidade e ser reduzido a não mais do que um elemento intercambiável de um grupo, e rejeitado como tal. (...) Essa despersonalização da vítima põe realmente em causa a humanidade como alteridade⁴⁴.

Nesse diapásão, não persistem dúvidas sobre o fato de que os crimes comuns praticados por agentes públicos, durante a ditadura de 1964 a 1985, foram crimes graves, que tenderam a desumanizar e despersonalizar as vítimas, “consideradas como sub-homens, a ponto de seus algozes reputarem-se autorizados às maiores atrocidades, inclusive sua eliminação física”⁴⁵. Não se duvida, de outra banda, de que foram atos cometidos na execução de uma política de Estado, eis que até um ato isolado, sob aparência de um crime comum, pode tornar-se um crime contra a humanidade, por sua vinculação a um “programa criminoso”⁴⁶. **Todos os elementos de qualquer conceito de crime contra a humanidade aqui se fazem presentes**⁴⁷, ademais ornados por diversas circunstâncias já reconhecidas como agravantes, em numerosos casos, pelas jurisdições internacionais penais⁴⁸.

44 Mireille Delmas-Marty, “Conclusions”, in: Idem (org.). *Crime contre l’humanité*. Paris: PUF, 2009, p. 122.

45 Michel Massé, “Le crime contre l’humanité dans le droit”, in Truche (org.), *Juger les crimes contre l’humanité: 20 ans après le procès Barbie*, Lyon: ENS, 2009, p. 68.

46 Yann Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l’humanité*, Paris: LGDJ, 2002.

47 Embora “alguns dos elementos que compõem o conceito de crime de lesa-humanidade tenham sofrido diversas alterações nos Estatutos dos tribunais penais internacionais, mantiveram-se inalterados três elementos: i) o caráter e a natureza de atos inumanos que envolvam os atos integrantes da categoria; ii) a enunciação não taxativa da enumeração dos atos, para atender fundamentalmente ao caráter e à natureza da inumanidade; e iii) que esses atos inumanos são dirigidos contra a população civil”, p. 4. Juan Méndez e Gilma Tatiana Rincón Covelli, *Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias - solicitado pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da República em São Paulo*. Nova Iorque, International Center for Transitional Justice, setembro de 2008. Hoje, “à luz tanto dos Princípios de Nuremberg de 1950 como do Estatuto de Roma e da jurisprudência dos tribunais internacionais penais e mistos, se está diante de um crime de lesa-humanidade quando: i) é cometido um ato inumano em sua natureza e caráter, o qual produz um grande sofrimento da vítima ou que causa danos à sua integridade física e/ou saúde física ou mental; ii) quando esse ato é cometido como parte de um ataque sistemático ou generalizado; iii) quando esse ataque corresponde a uma política que não necessariamente deve haver sido adotada de maneira formal; e iv) quando o ataque é dirigido contra a população civil”, *ibid.*, p.7.

48 Entre elas, as funções exercidas pelos acusados, isto é, seu lugar na hierarquia ou seu papel no conflito; a persistência dos crimes no tempo; a participação com conhecimento de causa, deliberada ou entusiasta nos crimes; a premeditação e o móvel; o caráter sexual, violento e humilhante dos atos cometidos e a vulnerabilidade das vítimas; o estatuto das vítimas, sua juventude e seu número, assim como as consequências desses crimes para as vítimas; e o fato de serem civis. Estou a referir algumas das circunstâncias agravantes identificadas pelo *Tribunal*

16 - Não obstante, o voto do relator da *ADPF 153*, sufragado majoritariamente pelo plenário da Corte, não somente rechaça o tratamento dos delitos em questão como crimes contra a humanidade, mas também estabelece a **inexistência de obrigação internacional do Brasil em relação ao processamento e julgamento dos crimes em questão, além da impossibilidade de fazê-lo por força do princípio constitucional da prescrição**. Sem desenvolvimentos que ultrapassem a epígrafe de minha presente alocução⁴⁹, considera o relator, em suma, que:

a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, tampouco cláusula similar em outra Convenção;

b) o costume internacional não pode, por força do princípio da legalidade, ser fonte de Direito Penal; e

c) porque a obrigação de julgar explicitamente assumida pelo Brasil no âmbito interamericano só seria invocável em juízo, no âmbito da CIDH, no que atine a “fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”⁵⁰.

Antes de tratar dos problemas do costume internacional e da jurisprudência interamericana, comento que me causa certa graça supor que o princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade estaria condicionado à assinatura, ratificação e incorporação de uma convenção internacional por uma junta militar, em pleno ano de 1968, a mesma que, no ano seguinte, o de 1969, como já mencionei, emendou arbitrariamente a Constituição para instituir as penas de morte, prisão perpétua, de banimento e confisco. Tal postulado implicaria ter expectativas, em relação àquela ordem ditatorial, como se Direito ela fosse, problema que prefiro deixar aos constitucionalistas aqui presentes⁵¹.

Penal Internacional para a ex-Iugoslávia no Caso Blaskic, acórdão de 29 de julho de 2004, na síntese de Isabelle Fouchard, *Crime International “Entre internacionalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*. Tese. IHEID. Universidade de Genebra, 2008, p. 378.

49 V. nota 2 *supra*; citação que, sem prejuízo de meu profundo respeito pelos autores, nada mais é do que um trecho da apresentação de uma coletânea, em que o apresentador resume um dos artigos que dela faz parte, e doravante ilustra um dos mais importantes acórdãos da história judicial brasileira.

50 Cf. reserva expressa feita pelo Brasil no *Decreto de Reconhecimento da Competência Obrigatória da CIDH*, de 08/11/02.

51 Registro apenas, aventurando-me em disciplina alheia, que a solução da *ADPF 153*, sob o ângulo do Direito Constitucional, parece-me destituída de ambiguidades: é óbvio que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou a *Lei de Anistia*. Segundo o relator, a emenda convocatória da Assembleia Nacional Constituinte (*Emenda Constitucional N. 26*, de 1985) seria parte integrante da nova ordem constitucional de 1988. Dita convocatória, por razões conjunturais evidentes (sobretudo a influência, na auge da transição, dos partidos que apoiaram o governo militar, a ponto de lograr a ascensão ao poder do presidente José Sarney, grande liderança colaboracionista), reitera o conteúdo da *Lei de Anistia*. O estratagema do relator é, então, atribuir ao conteúdo normativo da *Lei de Anistia* um *status* constitucional, além de situá-lo no tempo da democracia. Supõe-se, por conseguinte, que a nova ordem constitucional material surgiu condicionada. Ainda que esta intrigante tese pudesse ser acolhida, não somente persistiria o problema da interpretação conforme, agora por colisão entre normas de um mesmo *status*, como, sobretudo, o da incompatibilidade da pretensa condição imposta pela *EC N. 26* com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

IV. O VELHO PARADOXO PENAL⁵²: COSTUME INTERNACIONAL E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

- 17 - No julgamento da *ADPF 153*, coube ao ministro Celso de Mello a tarefa de detalhar, em seu voto, alguns dos argumentos que tradicionalmente foram opostos pelos penalistas, ao longo da segunda metade do século XX, ao princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade⁵³. Com efeito, situadas na encruzilhada entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal, as normas relativas a esses crimes dependem de uma dialética entre essas duas disciplinas; tratam-se de diálogos entre instituições e jurisprudências muito diferentes, de interferências e deslocamentos entre espaços nacionais e internacionais com hierarquias imbricadas, formando “um sistema realmente singular”⁵⁴. No seio desse diálogo, surge o clássico *paradoxo penal*, em que o Direito Penal é, por vezes, o escudo que protege os direitos humanos, em outras, a espada que os fere⁵⁵. Certamente, o **princípio da legalidade**⁵⁶ constitui um bom exemplo do antagonismo, ou ao menos da parcial contradição, entre as concepções de penalistas e internacionalistas sobre um objeto de estudo que, embora contra a vontade, compartilham⁵⁷.
- 18 - Consoante o ministro Mello, em concordância com o ministro-relator Eros Grau, o costume internacional não poderia ser fonte de Direito Penal, pois consagra o princípio da legalidade, além da Constituição Federal brasileira, também a *Carta Americana dos*

52 A expressão é de Mireille Delmas-Marty, “Le paradoxe penal”, in Delmas-Marty e Lucas de Leyssac, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris: Seuil, 1996.

53 Claro está que nem todos os penalistas defendem a prescrição desses crimes. No Brasil, ver, p.ex., Luiz Flávio Gomes, convicto defensor da imprescritibilidade: “Crimes contra a humanidade: conceito e imprescritibilidade” 06/8/2009. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>.

54 Emanuela Fronza, “La réception des crimes contre l’humanité en droit interne”, in Delmas-Marty et al. *Crime contre l’humanité*. Paris: PUF, 2009, p. 44-80. Para a autora, há “um movimento circular que se desenha, evoluindo, de uma parte, do Direito Internacional em direção ao Direito nacional, por meio da diversidade de formas de recepção da norma convencional e das regras costumeiras, e, de outra parte, do Direito Internacional e do Direito interno rumo a um Direito Penal comum que se constrói passo a passo, por meio da atividade dos juízes internacionais e nacionais que estabelecem a comunicação entre as normas internas e internacionais”, p. 46.

55 Sébastien Van Drooghenbroeck, “Droit pénal et droits de l’homme – Le point de vue de la CEDH”, in Cartuyvels et al., *Les droits de l’homme, bouclier ou épée du droit penal?* Bruxelas: Facultés universitaires Saint-Louis, 2007.

56 Para uma análise profunda da aplicação deste princípio no Direito Penal internacional, v. Kai Ambos, *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, Barcelona: Atelier, 2008. Alerto apenas para o fato de que a definição do princípio varia na doutrina: em alguns casos, compreende apenas o *nullum crimen sine lege* e o *nulla poena sine lege*; em outros, compreende claramente a noção do Direito escrito, o valor da segurança jurídica, a interdição da analogia e a não retroatividade, cf. Noora Arajärvi, “Le rôle du juge pénal international dans la formation du droit international coutumier”, *European Journal of Legal Studies*, V.1, N.2, dezembro de 2007, p. 26. Disponível em <www.ejls.eu/index.php?id=2>.

57 Fouchard, op. cit., p. 400.

*Direitos Humanos*⁵⁸ (art. 9) e o *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*⁵⁹ (art. 15). Em virtude da reserva legal, somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil⁶⁰) poderia qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescribibilidade ou à imprescribibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso. E acrescenta:

no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (*lex populi e lex praevia*, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida⁶¹.

- 19 - O princípio da legalidade deve, portanto, garantir que os indivíduos tenham conhecimento, de modo claro e previsível, do conteúdo pretensamente legítimo da norma penal, acudindo a um direito humano essencial: o de saber que a norma penal existe e conhecer o que ela prescreve. Ora, aos olhos dos penalistas, o costume internacional não ofereceria tais garantias⁶². Tomemos, então, primeiramente, a questão da **previsibilidade** do Direito Consuetudinário. O costume internacional possui dois elementos, tão necessários quanto complexos: de um lado, o elemento subjetivo, que é a *opinio juris*; de outro, o elemento objetivo, que é a prática dos Estados. Muita tinta foi derramada pela doutrina internacionalista a respeito de cada um deles. Totalmente alheio ao debate contemporâneo, o STF não consegue discernir a peculiaridade do costume internacional, que está longe de ser simplesmente “o que os Estados fazem”, e bem mais próximo de refletir a “percepção do Direito por parte daqueles que agem”, o que permite defini-lo como o “consenso social internacional”⁶³.

58 Ref. à nota 25 *supra*.

59 Firmado no âmbito das Nações Unidas em 19/12/1966, vigente no Brasil por força do *Decreto N. 592*, de 06/7/1992.

60 Referindo-se à Convenção de 1968 sobre a imprescribibilidade dos crimes contra a humanidade, Celso de Mello considera que convenção internacional nunca subscrita e à qual o Brasil nunca aderiu é “verdadeira *res inter alios acta* em face do Estado brasileiro”, p. 190. Já no *Caso Al Bashir*, de um tratado perfeitamente subscrito e incorporado à ordem brasileira (o *Estatuto de Roma*, que contém o mesmo preceito), o ministro questiona sua compatibilidade com a Constituição Federal.

61 Citando Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli, p. 191-2.

62 Lembremos que foi intenso o debate sobre o costume internacional durante a elaboração do Estatuto de Roma, particularmente no momento de definir o Direito aplicável pelo TPI (art. 21). Para Alain Pellet, sob o manto do princípio da legalidade está o enrijecimento do Direito Internacional Penal, e em vão: omitir o costume no art. 21 cala falaciosamente a evidência de que recorrer a ele é indispensável, e o magistrado internacional o fará, de qualquer modo, sob o abrigo da alínea *b* do mesmo dispositivo (“princípios e regras do Direito Internacional”); v. “Applicable Law”, in Cassese et al. (Eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court*, Oxford: 2002, V. I, p. 1057.

63 Marcelo Kohen. Commentaire (sur “Le rôle de la pratique dans le droit coutumier”), in: R. Huesa Vinaixa et K. Wellens (dir.), *L’influence des sources sur l’unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 103-107. Para o autor, a partir do momento em que alguém expressa sua concepção ou sua convicção do Direito, já está agindo.

- 20 - Admitamos, portanto, que o costume pode ser uma fonte de Direito ainda mais previsível do que outras. De uma parte, é preciso diferenciar o problema da existência do costume da questão da eficácia da regra costumeira⁶⁴. De outra parte, nem a ordem nacional, nem os tratados internacionais estão imunes a deliberações ao sabor de açosamentos conjunturais. Ademais, desmerecer a previsibilidade do costume sob o argumento de que o indivíduo deve conhecer o processo de formação do costume internacional equivaleria a supor que todo cidadão conhece o processo legislativo interno, assim como o processo de elaboração dos tratados internacionais e de sua incorporação às ordens nacionais. Para haver crime, seria necessária, pois, à luz de tal concepção da reserva legal, uma sorte de *cidadania processualista*. Há aqui, pois, uma **nítida confusão entre o processo de formação da norma e o seu conteúdo normativo**⁶⁵.
- 21 - Em relação ao conteúdo normativo, para que o princípio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* seja escrupulosamente observado, não é, em absoluto, necessário que a norma internacional que prevê ou organiza a repressão do crime defina até o último detalhe a *figura criminis* e a pena a aplicar. Basta constatar, para esse fim, que o autor do ato em questão era submetido, quando do *tempus commissi delicti*, a normas jurídicas claras e acessíveis – sejam elas internas ou internacionais – estabelecendo *ante factum* tal definição⁶⁶. Perguntemo-nos, então, se os agentes públicos que praticaram graves violações de direitos humanos durante o regime militar brasileiro tinham alguma dúvida sobre o caráter criminoso dos atos que estavam praticando. A resposta salta aos olhos:

O autor de um ato desumano, *a fortiori* quando cometido em grande escala, segundo um plano concertado ou por agentes públicos abusando de sua posição oficial, desde que ele seja responsável por seus atos, **quaisquer que sejam sua nacionalidade, sua cultura, seus costumes etc., não pode pretender ignorar que, em se tratando do caso, ele comete um “crime”** (nacional ou internacional) que implica, qualquer que seja o país em que for julgado, as penas mais pesadas que existirem. (...) A morte

64 Ainda segundo Kohen, mesmo os maiores violadores do Direito Internacional sentem, naturalmente, a necessidade de justificar sua ação em termos jurídicos, por mais injustificáveis que possam ser (*ibid*, p. 105). Logo, a atitude do violador contumaz, por si só, não permitiria modificar a regra costumeira, eis que um simples comportamento não questiona a existência da regra – e não existirão duas regras conforme o ator que age. Não há que confundir, portanto, a perenidade da regra com seus problemas de eficácia, em particular a impunidade diante de graves violações da ordem internacional. Kohen ressalta, ainda, a diferença entre o *persistent objector* e o *persistent violator*, ou seja, entre, de uma parte, quem contesta a regra, e, de outra, quem a reconhece e tenta manipulá-la – como sói ser o caso nas práticas unilaterais constantes que pretendem encarnar uma interpretação correta da regra costumeira, colidindo, entretanto, com sua interpretação preponderante (p. 106-7)..

65 As dificuldades em relação ao costume internacional não são, porém, exclusividade das jurisdições nacionais. Para Dupuy e Kerbrat, “manifestamente em razão da insuficiente formação em Direito Internacional Público de alguns novos juizes do *Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia*, oriundos do Direito Penal interno, constata-se o mau jeito, para dizer o mínimo, demonstrado por alguns deles ao aplicar o costume internacional. Ora, o costume fornece-lhes o essencial do Direito aplicável; no entanto, está claro que esses juizes permanecem pouco familiares a essa fonte, geralmente distante dos Direitos Penais internos; e se mantêm tão reticentes à sua aplicação a ponto de confundir, em particular, a questão do estabelecimento de uma regra costumeira sobejamente consolidada, com a de sua interpretação (especialmente no caso do art. 3, comum às quatro Convenções de Genebra de Direito Humanitário)”, *op. cit.*, p. 596.

66 Fouchard, *op. cit.*, p. 357.

com agravantes é quase universalmente sancionada pelos Direitos Penais nacionais como um crime grave, logo merecendo as mais pesadas penas⁶⁷.

Não é um acaso, portanto, que o costume (“consenso social internacional”) encontre-se à origem dos crimes internacionais que já foram positivados por convenções internacionais, ou ao menos tenha contribuído para a sua tipificação, o que levou o juiz Antonio Cassese, no polo oposto à Corte brasileira, a afirmar que só o costume pode fundar um crime internacional⁶⁸.

- 22 - Passemos ao pretense óbice da **prescrição criminal**, que leva a Corte Suprema a negar a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como regra oponível ao Brasil no caso em apreço. Ressalto que, **até pouco tempo atrás, para o STF, todos os tratados internacionais eram da mesma natureza e equiparados à lei interna, portanto, inferiores à Constituição. Do mesmo modo, atualmente, todos os crimes, para a Suprema Corte brasileira, são da mesma natureza. A evolução jurisprudencial quanto à hierarquia do Direito Internacional dos Direitos Humanos não se comunicou com a interpretação dos princípios constitucionais penais.** É como se a gravidade do crime cometido pelo *homo medius* tivesse alguma medida de comparação com a daqueles cometidos por indivíduos que têm à sua disposição a “potência material do Estado”⁶⁹. Pior ainda: a impunidade das graves violações de direitos humanos cometidas por agentes públicos durante o regime militar estaria assegurada pela própria ordem constitucional. É bem verdade que o Brasil de hoje reconhece formalmente a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como Direito convencional, por força da incorporação do *Estatuto de Roma*. Mas tal imprescritibilidade seria dotada de um gatilho: só seriam imprescritíveis os crimes contra a humanidade cometidos a partir da vigência do referido tratado. Essa tese estapafúrdia nos obriga a recordar por que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis.
- 23 - Os crimes ungidos pelo **caráter de atentado à humanidade** constituem uma “combinação de atos que códigos de todas as nações punem, mas que comportam assassinatos e destruições enormes que, apesar de tudo, ficariam impunes no Direito interno”⁷⁰. Ressalto, entre seus elementos ontológicos, a evidência de que são eles internacionais não apenas pela universalidade, em tese, dos valores que protegem, mas, sobretudo, porque, na prática, **sua prevenção e punição não podem depender das**

67 *Ibid.*, p. 381.

68 *International Criminal Law, Oxford: 2003, p. 23.*

69 Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet, *Droit International Public*, 8. ed., Paris, LGDJ, 2004, p. 786.

70 Pierre Mertens, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*, Bruxelles: ULB, 1974, p. 221.

vicissitudes nacionais: os regimes que dão guarida a violadores de direitos humanos tendem a instalar, quando de sua ascensão ao poder, simulacros de Direito – o que no caso brasileiro, chamamos de “Direito da ditadura” ou “entulho autoritário”, de árdua remoção quando do restabelecimento da democracia⁷¹. Com efeito, a humanidade é que se instala no estatuto de vítima, uma “vítima absolutamente única, que escapa ao Direito comum, diante da qual devem apagar-se os direitos do homem incapazes de apreendê-la, (...) mas as consequências dessa inovação são tão dolorosas politicamente que ela se torna uma noção conjuntural”⁷². Por conseguinte, a grande dificuldade de falar em crime contra a humanidade, ao longo da história, decorre precisamente do fato de que ele pode corresponder ao tratamento desumano, por um Estado, de sua própria população, sobre seu próprio território, competência que outrora correspondia ao estrito domínio reservado dos Estados⁷³. O *Acordo de Londres*⁷⁴, que instituiu o Tribunal de Nuremberg, reverteu, já em 1945, o princípio da imunidade no que atine à responsabilidade individual dos violadores, ao possibilitar o julgamento de agentes públicos que atuaram odiosamente em nome do Estado e por meio de seu aparelho⁷⁵. A partir daquele momento (grifo meu),

o Direito Internacional nunca mais seria o mesmo em face da responsabilidade internacional penal dos indivíduos. (...) Assim, existe hoje, no Direito Internacional, **um corpo de normas que visa a punição dos autores de crimes contra a humanidade**. Resta saber quem deve punir tais crimes. A resposta, contida neste corpo de normas, é simples: **todos os Estados da comunidade internacional têm um direito-dever de punir aqueles que cometeram crimes contra a humanidade**⁷⁶.

- 24 - Além do atributo ontológico, considere-se que, à regra convencional incorporada no Brasil, precedeu a regra costumeira. Como é típico do costume, a afirmação da imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade resultou de um longo processo histórico, acelerado logo após a Segunda Guerra Mundial. Naquela época, o Brasil aprovou, nas sessões

71 O Direito Internacional dos Direitos Humanos oferece justamente a resposta jurídica, desprovida de vínculo de nacionalidade, para o indivíduo ou grupo de indivíduos que não pode contar com o Direito do seu Estado, eis que não há Estado de Direito. A jurisdição internacional ou a jurisdição penal universal, por força da subsidiariedade, só devem agir quando não há mais Estado, ou quando o Direito ainda não veio ao Estado, ou veio mas não trouxe consigo a remoção desse entulho.

72 Paul Martens, “L’humanité comme sujet de droits”, in: Th. Berns (ed.) *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelas: Bruylant, 2004, p. 226.

73 Fouchard, *op. cit.*, p. 361.

74 *Acordo referente à perseguição e à punição dos grandes criminosos de guerra das potências europeias do Eixo e Estatuto do Tribunal Internacional Militar*, Londres, 08/8/1945.

75 Vale lembrar a fórmula francesa no *Caso Barbie*: “O princípio da imprescritibilidade, resultante do estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, somado ao acordo de Londres de 8/8/1945 e à Resolução das Nações Unidas de 13/2/1946, **impede que uma regra de Direito interno permita a uma pessoa declarada culpada de um crime contra a humanidade subtrair-se à ação da Justiça em razão do tempo transcorrido**, seja a partir dos atos criminosos ou a partir de uma precedente condenação, pois, como é o caso, nenhuma pena foi cumprida”, Corte de Cassação, Câmara Criminal, AP 3/6/1988, Recurso 87-84240, ementa, § 1º.

76 André de Carvalho Ramos, “O Caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo - SP, v. 7, p. 106-114, 1999.

da *Assembleia Geral da ONU*, o conjunto de Resoluções que reiteram o já mencionado acervo de Nuremberg⁷⁷ – aliás, grande parte delas aprovadas por unanimidade. Destaco, em particular, a Resolução N. 95, de 11/12/1946, que “confirma os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto de Nuremberg”. Não se conte com a passividade do Brasil nesse processo: em 1950, ele chegou a fazer parte de um Comitê de 17 Estados, encarregado de “preparar um ou mais anteprojetos de convenção e de formular proposições concernentes à criação e o estatuto de uma corte criminal internacional”⁷⁸. Desnecessário recordar que, segundo o *Tribunal Internacional de Justiça*, as Resoluções da Assembleia Geral da ONU, embora não tenham força obrigatória, podem ter um valor normativo, ao fornecer elementos de prova importantes para estabelecer a existência de uma regra ou a emergência de uma *opinio juris*. Assim, resoluções sucessivas podem ilustrar a evolução progressiva da *opinio juris* necessária ao estabelecimento de uma nova regra⁷⁹.

- 25 - Diante daqueles que negam a existência do princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no acervo de Nuremberg e ainda ousam brandir o moralmente nânico princípio do tratamento legal mais benéfico, eu apenas recobriria a lógica, esperando que seja ela um costume inquestionável. Os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, sobretudo, porque, amiúde, há, nos Estados em que são praticados, a impossibilidade material de processo dos grandes violadores, antes que a remoção do entulho ditatorial opere-se no ordenamento jurídico nacional, critério temporal que não é passível de medição. No caso brasileiro, em particular, a tarefa é notoriamente inacabada⁸⁰. E acrescento: prescrição só pode ser arguida caso a caso, no seio do processo individuado, não podendo a Corte Suprema fundar a interpretação de uma lei de anistia no aventureiro pressuposto de que todos os crimes por ela abarcados prescreveram. No já citado *Caso Cordero*, infelizmente com base apenas no Direito interno, e a despeito da tipificação equivocada do crime de sequestro quando o suporte fático é de evidente crime internacional de *desaparecimento forçado*, o próprio STF deu-se conta da impertinência da prescrição em relação às graves violações de Direitos Humanos praticadas no âmbito da Operação Condor:

77 Para uma avaliação recente do legado de Nuremberg, v. número especial da *GJIL*, V.10 (2006-7), disponível em <<http://www.gonzaga-jil.org/content/category/4/64/26/>>.

78 Assembleia Geral da ONU, 5º Sessão, Resolução 489, Jurisdição criminal internacional, 12/12/1950.

79 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996*, p. 254-5.

80 Tomem-se, como incontestes exemplos deste *work in progress* da democracia, a *Lei de Imprensa* (Lei 5.250, de 1967) e o *Estatuto do Estrangeiro* (Lei 6.815, de 1980), nefastos legados do regime militar. No que atine à primeira, foi preciso esperar 20 anos para que o STF decidisse por sua “incompatibilidade material insuperável com Constituição de 1988”, desprovendo-a integralmente de efeitos por “impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa” (*ADPF N. 130 Distrito Federal*, acórdão de 30/4/2009, pub. 06/11/2009 DJe 208). Quanto ao segundo, ainda em pleno vigor no Brasil, mostra-se também incompatível com a Constituição Federal, embora sua inconstitucionalidade nunca tenha sido arguida diante do STF. Desgraçadamente, o *Projeto de Lei N. 5.655*, em tramitação na Câmara dos Deputados, ao propor a alteração do entulho, mantém diversas incompatibilidades, além de consagrar o enfoque do estrangeiro como inimigo ou estranho, em detrimento da abordagem do trabalhador migrante, v. Deisy Ventura e Paulo Illes, “Estatuto do Estrangeiro ou Lei de Imigração?”, *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 31/07/2010, p. 14-15. Disponível em: <<http://diplomatique.uol.com.br/artigo.php?id=744>>.

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 que 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 de prescrição. Qual o início do tempo de prazo prescricional, neste caso?⁸¹.

A meu juízo, o tratamento estritamente nacional do *Caso Cordero* foi o ardil encontrado por alguns dos ministros para deferir a extradição, honrando um compromisso internacional do Brasil, sem comprometer-se em relação ao julgamento da *ADPF 153*⁸².

- 26 - Por derradeiro, no que concerne à **segurança jurídica** da qual os princípios da legalidade e da prescrição seriam garantes, questiono: qual interpretação da *Lei de Anistia* causa maior insegurança jurídica, a que torna possível o julgamento de um agente público por graves violações de direitos humanos cometidas durante um estado de exceção, ou a que garante a impunidade das graves violações de direitos humanos? A tolerância da prática de crimes contra a humanidade parece-me vertiginosamente mais ameaçadora à segurança jurídica de um Estado de Direito do que o postulado da imprescritibilidade desses crimes. Sim, a imprescritibilidade confronta os agentes da repressão com a possibilidade de reversão de “fatos consumados”, gerando “insegurança” para determinado número de pessoas (supondo que o devido processo legal possa ser chamado de insegurança). Entretanto, quando a vítima é a humanidade e o algoz permanece impune, é o Estado de Direito que se esvai como promessa, gerando a pior das inseguranças coletivas.

81 Voto-vista do ministro Cezar Peluso, sufragado por maioria em plenário, p. 45-6 (ref. do acórdão na nota 6 *supra*). O *Caso Cordero* é um exemplo de boa decisão pelas más razões: com base no art. 7º do Código Civil brasileiro, que normatiza a presunção de morte, os crimes de Cordero foram tipificados como sequestros, logo, crimes permanentes, diante da impossibilidade de fixar a data provável dos falecimentos em questão. É curiosa a maneira como o Boletim da Corte apresenta (e prejulga) o objeto da demanda, logo após o primeiro pedido de vista (de Peluso): “O Código Penal define o sequestro como *privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado* (art. 148), e a *Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas*, no art. II, dispõe que (...) *entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes*. Dessa feita, em razão do crime de desaparecimento não constar no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de aparentemente semelhante ao crime de sequestro, não haveria justificativa para a concessão da extradição. Esse posicionamento encontra respaldo na inaplicabilidade do art. 7º da *Convenção*, que determina a imprescritibilidade do crime de desaparecimento forçado, mas que não foi ratificado pelo Brasil. A Lei n.º 6.815, de 19/8/1980, também conhecida como *Estatuto do Estrangeiro*, determina que não se concederá a extradição quando o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente (art. 76, II). Assim, inexistindo o crime de desaparecimento forçado na legislação pátria, a extradição não poderá ser concedida”, *Informativo STF n.º 519*, Brasília, 8-12/9/2008. Sobre o crime de desaparecimento forçado, v. *Grupo de Trabalho da ONU sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários*, disponível em: <www2.ohchr.org/english/issues/disappear/index.htm>.

82 No julgamento do *Caso Cordero*, o primeiro a vincular as duas ações foi o próprio relator, Marco Aurélio, tanto no voto já citado como no debate em plenário: “Senhor presidente, continua sem resposta uma colocação: se os crimes tivessem sido praticados no Brasil – e nessa Operação Condor se diz que havia o envolvimento também de militares brasileiros –, o extraditando poderia sofrer a persecução sem declarar-se a inconstitucionalidade da Lei de Anistia?” (p.47). O ministro Eros Grau, por sua vez, na condição de relator da *ADPF 153*, formulou o segundo pedido de vista da extradição, por tratar de “matéria semelhante” à interpretação da *Lei de Anistia* (p.49). O ministro Peluso pediu, então, a Grau, que as causas fossem julgadas em separado, pois “não se pode julgar duas coisas distintas sob o mesmo tipo de pressão” (p.53). Grau respondeu que tem o hábito de estudar conjuntamente os casos, mas de pedir que sejam julgados em momentos distintos, ao que retrucou Peluso: “ministro, eu não estou preocupado com Vossa Excelência, mas com outras coisas” (p.54).

V. DO ALCANCE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH) NO DIREITO BRASILEIRO

27 - Tratemos agora do “fantasma”⁸³ da condenação do Brasil pela Corte Interamericana. Esclareço, de pronto, que o acórdão da *ADPF 153* não faz referência direta ao *Caso Araguaia*, embora uma parte essencial do pedido daquela demanda seja o seguinte:

8. A Comissão Interamericana solicita à Corte que ordene ao Estado:

a) Adotar todas as medidas que sejam necessárias, a fim de garantir que a Lei N. 6.683/79 (*Lei de Anistia*) não continue representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade”⁸⁴.

Nem o Direito convencional interamericano e ainda menos a jurisprudência da CIDH foram mobilizados no julgamento da *ADPF 153*. Neste particular, o Brasil, pretendente a protagonista do regionalismo progressista, deve enrubescer-se diante de seus vizinhos. Lembremos a Corte Suprema argentina, que reiteradamente definiu as decisões da Corte Interamericana como paradigma interpretativo para os tribunais do país; e renova tal entendimento em sua principal decisão, a de 2005⁸⁵, corolário de trinta anos de luta contra a impunidade, levada a cabo pelo movimento dos direitos humanos⁸⁶. Em sua luminosa sentença, a Corte Argentina afirma (grifo meu):

83 Quisera a eventualidade de tal condenação assombrasse, de fato, o Brasil. A percepção espectral da CIDH em parte da doutrina brasileira não me parece um acaso: “a geração seguinte pode tomar para si mígalhas de simbolização, a fim de tentar simbolizar plenamente aquilo que simbolizou-se, de modo imperfeito, na geração precedente. Pode-se dizer que a simbolização parcial *ricocheteia* sobre as seguintes. É o que se chama um *fantasma*”, Serge Tisseron, “La transmission troublée par les revenants et les fantômes”, *Cahiers critiques de pratiques de réseaux*, Bruxelas: De Boeck, N. 38 (1/2007). Que não sejam as violações que nos assombram, e sim a condenação, parece ser um sintoma do pouco que o Direito brasileiro tem contribuído para a divisão do “tempo político” em um “antes e um depois” das ditaduras (a expressão é de Ruti Teitel, “Transitional Rule of Law”, In: Czarnota et al., *Rethinking the Rule of Law after Communism*, New York: CEU, 2005, p. 293).

84 P. 3 da Petição, referência à nota 3 *supra*.

85 CSJN República Argentina, *Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N° 17.768C*. Buenos Aires, 14 de junho de 2005.

86 María José Guebbe, “Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar argentina”, *Revista Internacional de Direitos Humanos*: SUR, V. 2, N. 3, 2005, p. 132.

...quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, **la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de “irretroactividad” de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos**⁸⁷.

- 28 - Cabe interrogar a razão pela qual o Brasil, ao contrário de outros países⁸⁸, refuta o “paradigma interpretativo” da CIDH. Provavelmente porque, “se a jurisprudência interamericana segue relativamente modesta no plano quantitativo, nos aspectos qualitativos ela se mostra muito rica, original e, sob certos aspectos, audaciosa”⁸⁹. Da síntese de Kathia Martin-Chenut, emerge claramente um “regime jurídico à parte” para as graves violações de direitos humanos no edifício da CIDH:

...em seu caso *Barrios Altos c/Peru*, quando ela considera inadmissíveis os dispositivos de anistia, de prescrição ou as medidas excludentes da responsabilidade dos autores de graves violações de Direitos Humanos, a Corte precisa que as últimas visam a tortura; as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias; e as desapareções forçadas. Nos acórdãos consecutivos *Goiburú e outros c/Paraguai*, *Almonacid Arellano e outros c/Chile* ou ainda *La Cantuta c/Peru*, a Corte tece o vínculo entre as graves violações de direitos humanos e os crimes contra a humanidade. Essas violações estão de fato na base dos crimes contra a humanidade, e estes traduzem, por sua vez, a confluência entre o Direito Internacional Penal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos”⁹⁰.

Logo, para entender o problema do alcance da jurisprudência interamericana no Direito brasileiro, deixando de lado a questão da difícil permeabilidade da cultura internacionalista na autarquia intelectual do Judiciário brasileiro, questiono: a já mencionada reserva feita pelo Brasil, quando de sua submissão à jurisdição da CIDH, teria sentido em relação ao

87 CSJN, ref. nota 85 *supra*, §31, p. 27.

88 Para constatar os avanços das jurisdições latino-americanas nesta matéria, ver o excelente *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional* (Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2009, part. a apresentação de Naomi Roht-Arriaza, disponível em <www.dplf.org>.

89 Kathia Martin-Chenut, “Introduction”, In: Idem e Elisabeth Lambert Abdelgawad, *Réparer les violations graves et massives des droits de l’homme: la Cour Interaméricaine, pionnière et modèle?* Paris: Société de législation comparée, 2010, p. 26.

90 *Ibid.*, p. 20. Para o inteiro teor dos acórdãos da CIDH, ver <www.corteidh.or.cr>.

acervo jurisprudencial da Corte? Um marco temporal, quando figura numa reserva, pode atingir fatos e atos específicos; mas alcançaria a condição de paradigma interpretativo? Ora, parece-me insustentável fatiar a submissão de um Estado a uma jurisdição, ao menos no que atine aos princípios fundamentais que ela edificou. Em qualquer caso, de modo bem mais singelo, admitamos – eis que até o STF já o reconheceu, embora não no seio da *ADPF 153* – que estamos diante de crimes continuados.

- 29 - Na impossibilidade de abordar a espinhosa questão dos efeitos, sobre a ordem jurídica brasileira, da futura decisão da CIDH acerca do *Caso Araguaia*, posto que, por ora, ela ainda não foi tomada; e em meio à vastidão de elementos que poderiam ser aproveitados da jurisprudência da CIDH em relação ao julgamento da *ADPF 153*, opto por tratar de apenas um, e o faço brevemente, considerando, sobretudo, que é a própria Corte quem dirá, dentro de poucos dias, da compatibilidade da *Lei de Anistia* brasileira com seu acervo jurídico. Só poderia ser a **vedação da autoanistia, consagrada pela CIDH**. Sobre isso, sentenciou, em seu voto na *ADPF 153*, o ministro Celso de Mello:

... se fez inequivocamente bilateral (e recíproca) a concessão da anistia, com a finalidade de favorecer aqueles que, em situação de conflitante polaridade e independentemente de sua posição no arco ideológico, protagonizaram o processo político ao longo do regime militar, viabilizando-se, desse modo, por efeito da bilateralidade do benefício concedido pela Lei n. 6.683/79, a construção do necessário consenso, sem o qual não teria sido possível a colimação dos altos objetivos perseguidos pelo Estado e, sobretudo, pela sociedade civil naquele particular e delicado momento da vida histórica nacional⁹¹.

Mais adiante, o ministro diferencia as “anistias em branco ou autoanistias” que teriam sido usadas pelas ditaduras latinoamericanas, daquelas de “mão dupla” ou de “dupla via”, que constituiriam a originalidade brasileira. Esse argumento permitiria crer que a jurisprudência interamericana não se aplica ao caso brasileiro, não fosse a evidência matemática de que anistiar a outrem não anula a anistia outorgada a si mesmo. Quem pode anistiar? Só o Estado. O indivíduo pode perdoar e ser perdoado, daí decorrendo efeitos morais ou religiosos ou afetivos *inter pares*. Mas o perdão jurídico, a “complacência soberana”⁹², é a estatal. O Estado anistiou seus agentes. Isto é autoanistia. Que o órgão do Estado que praticou a violação seja o Poder Legislativo, ao aprovar a *Lei da Anistia*, não retira sua antijuridicidade. Nas palavras de um dos expoentes do Direito Internacional

91 P. 174.

92 Expressão empregada pelo ministro Celso de Mello, p. 169 de seu voto.

Penal, Kai Ambos, o cumprimento de um pressuposto formal “não subtrai o legislador da observância dos limites materiais contemplados no Direito Internacional”⁹³. Sabemos que até emendas constitucionais aprovadas pelo Legislativo podem ser julgadas inconstitucionais. No que a anistia beneficiou a atores outros (não sendo os estatais ou os que agiram com o beneplácito do Estado ou como partículas de uma política criminosa estatal), ela é lícita. De resto, é ilícita.

- 30 - Completando a famosa tese dos “dois lados”; sobressai-se, igualmente, no diapasão do mais singelo senso comum, a imensa questão jurídica da natureza dos crimes políticos. Todos os envolvidos no “conflito armado”, e também os “torturadores”, teriam agido politicamente. Citando, uma vez mais, Nilo Batista, diz o ministro Celso de Mello:

“Swensson Junior⁹⁴ tem a coragem de formular a pergunta politicamente incorreta, mas juridicamente indispensável: os agentes do subsistema penal DOPS-DOI/CODI atuaram “por razões pessoais” (sadismo, desafetos etc.) ou por “razões políticas – por exemplo, para salvaguardar o país dos comunistas? Sim, porque se a resposta correta for a segunda, estaríamos sem dúvida diante de crimes conexos expressamente anistiados (muitos sustentariam, com base em critério tradicional, estarmos diante de autênticos crimes políticos, igualmente anistiados)”⁹⁵.

Sequer recorro à abundante doutrina para desfazer essa inocente dicotomia entre motivos pessoais e políticos. Indubitavelmente, a história da tortura durante a ditadura militar brasileira anota episódios de acerto de contas entre desafetos e, por óbvio, casos de sadismo e distúrbios psicológicos de toda sorte, que os devidos processos judiciais permitiriam vir à lume, julgar e, se for o caso, punir⁹⁶. Porém, uma vez mais, o problema de enfoque se impõe. A aferição de motivações pessoais isoladas em nada altera o fato de que existia um programa criminoso, planejado e coletivo, posto em marcha graças ao aparelho de Estado. Estendendo ligeiramente o olhar em direção às jurisdições já desafiadas por questões similares, muitas respostas à pergunta pretensamente indispensável podem ser encontradas. Por exemplo, no paradigmático *Caso Barbie* (grifo meu):

93 *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 1999, p.131.

94 O autor refere-se ao artigo, na já mencionada coletânea, da lavra de Lauro Joppert Swensson Junior, “Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate”, *op. cit.* (referencia na nota 2 *supra*). Registre-se que o artigo de Swensson Junior oferece elementos que excedem largamente o trecho resumido e escolhido para a citação. Curiosamente, em suas conclusões, afirma: “tudo isso para que esse debate, tão necessário para a história brasileira, não se resuma em **discursos ideológicos ineptos, que escondem conflitos e tensões**” (grifo meu). A meu juízo, esta é uma boa definição para o texto do acórdão da *ADPF 153*.

95 P. 193.

96 O documentário *Cidadão Boilesen* (Brasil, Chaim Litewski, Imovision: 2009), por ex., fornece elementos de prova da participação de empresários nas sessões de tortura realizadas por agentes públicos, seja como financiadores, seja como *voyeurs*, em particular do dinamarquês Henning Albert Boilesen (1916-1971), presidente do grupo *Ultra*, que chegou a criar um novo instrumento de tortura, a *Pianola Boilesen*, uma espécie de teclado que permitia melhor graduar a intensidade dos choques elétricos ministrados às vítimas.



No caso, o móvel político falha na medida em que, no que concerne à sra. Lesevre, os tratamentos abomináveis que ela sofreu e sua deportação ao campo de Ravensbruck não atendiam nem motivos políticos nem uma vontade de eliminação, mas a **preocupação das autoridades alemãs de obter informações militares e de neutralizar um adversário**⁹⁷.

Ou quem sabe, bem mais perto e mais recentemente, na jurisprudência argentina sobre delitos políticos:

... esta classe de infrações lesionam exclusivamente o regime interno dos governos e encontram sua inspiração em móveis altruístas⁹⁸.

Se a fatigante e sistemática tentativa de igualar resistentes e violadores prospera facilmente no plano ideológico, graças ao assoalho cultural autoritário e particularmente anticomunista que se herdou de outras épocas, no plano jurídico tal intento não prospera. De modo que a pergunta ornamental do voto revela-se, quando se amplia o horizonte de resposta, politicamente indispensável, mas juridicamente incorreta.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS: POR UM TRIBUNAL DIGNO DO SUPERLATIVO QUE O PRECEDE

31 - Concluo este modesto percurso retomando a expressão “provincianismo jurídico”. Quando examina as relações entre jurisdições internas e internacionais, e particularmente o problema da unidade da aplicação do Direito Internacional, Pierre-Marie Dupuy pondera que é antes de mais nada **na cabeça dos próprios juízes que a questão se resolve**.

Se eles estiverem convencidos da necessidade de aplicação harmonizada das regras de Direito Internacional, a unidade deste estará assegurada. Se, ao contrário, eles desconhecem, por cultura ou por incompetência, essa unidade fundamental, ela correrá o risco de simplesmente desaparecer⁹⁹.

97 República Francesa, Corte de Cassação, Câmara Criminal, AP 25/11/1986, Recurso 86-92714, p.2.

98 CSNJ, R.O. A 1579 XLI, *Apablaza Guerra*, 14/9/2010, §16.

99 Pierre-Marie Dupuy, *op. cit.*, p. 1-2.

Na contramão, aferrado à ordem interna e positivada, preconiza o ministro-relator da *ADPF 153*:

No Estado democrático de Direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever (sic) leis de anistia. (...) Dado que esse acordo resultou em um texto de lei, quem poderia revê-lo seria exclusivamente o Poder Legislativo. Ao STF não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias. A ele não incumbe legislar ao apreciar ADPFs, senão apurar, em casos tais, a compatibilidade entre os textos normativos pré-constitucionais e a Constituição.

...

Há quem sustente que o Brasil tem uma concepção particular de lei, diferente, por exemplo, do Chile, da Argentina e do Uruguai, cujas leis acompanharam a mudança do tempo e da sociedade. Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá contudo ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo. Insisto em que ao STF não incumbe legislar sobre a matéria^{100 101}.

- 32 - Não surpreende que o Direito Comparado seja citado somente para abortar a comparação. Mas é sintomático que o STF refira-se aos Estados da região no momento em que declina de sua função. De fato, é preciso explicar-se. As novas gerações terão grande dificuldade de entender a diferença de estatura entre o juiz brasileiro e, por exemplo, o juiz uruguaio, que, quando confrontado ao *Caso Sabalsagaray*¹⁰², às vésperas do referendo popular sobre a revogação de uma lei de anistia, assim percebeu a sua missão:

Superando o papel que lhe destinava o velho paradigma paleoliberal, a jurisdição se configura como um limite da democracia política. Na democracia constitucional, o substancial, essa esfera do *não decidível* – que implica determinar que coisas é lícito

100 P. 38-39. No mesmo sentido, o ministro Celso de Mello ressalta o “contexto inteiramente distinto” daquele vigente na Argentina, no Chile e no Uruguai (p. 185).

101 Ameaça, em seu voto, o ministro Gilmar Mendes: “Nos dias recentes, estamos a acompanhar, no plano internacional, a grave crise que está a envolver o Judiciário espanhol, com o juiz Baltazar [sic] Garzón suspenso cautelarmente de suas funções na Espanha por investigar crimes anistiados. E, de alguma forma, é esse o debate que se coloca: se, ao investigar os crimes anteriores do regime franquista, não teria ele rompido com os seus deveres de juiz, isto é, não teria prevaricado”, p. 235.

102 *Suprema Corte de Justicia, Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela. Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad. Ficha 97-397/2004. Acórdão de 19/10/2009.*

decidir ou não decidir – nada mais é do que aquilo que nas Constituições democráticas se convencionou subtrair da decisão da maioria. E o limite da decisão da maioria reside, essencialmente, em duas coisas: a tutela dos direitos fundamentais (os primeiros, entre todos, são o direito à vida e à liberdade pessoal, e não há vontade da maioria, nem interesse geral, nem bem comum ou público que justifiquem seu sacrifício) e a sujeição dos poderes públicos à lei”¹⁰³.

Assim, a Corte uruguaia julgou inconstitucionais e inaplicáveis ao caso concreto diversos dispositivos da chamada *Lei da Caducidade* (Lei N. 15.848, de 1986), ressaltando que:

... a ilegitimidade de uma lei de anistia ditada em benefício de funcionários militares e policiais que cometeram delitos dessa natureza, gozando de impunidade durante regimes de fato, foi declarada por órgãos jurisdicionais, tanto da comunidade internacional como dos Estados que passaram por processos similares ao vivido pelo Uruguai na mesma época. Tais pronunciamentos, pela semelhança com a questão analisada, e pela relevância que tiveram, não poderiam ser ignorados no exame de constitucionalidade da Lei N. 15.848 e foram levados em conta pela Corporação para exarar a presente sentença¹⁰⁴.

- 33 - Por fim, cumpre referir-se a outras dimensões do ensimesmamento judicial. A expressão “crimes contra a humanidade” porta, como nenhuma outra, o peso da escrita coletiva, na qual se misturam os testemunhos, a criação literária, o discurso jurídico e a imaginação política¹⁰⁵. Talvez empobrecidos, e com isso depauperando também o Brasil, em todas essas frentes, os magistrados do STF acabaram por reproduzir, em contexto muito diverso, o “mal menor” que representou o litigioso artigo da *Lei de Anistia*. Perenizou-se uma equação **conjuntural** do Poder Legislativo brasileiro, aliás, reconhecida em muitos trechos do acórdão: a anistia possível, em 1979, foi aquela¹⁰⁶. Mas isso não significa que ela seja lícita. Sacrificar os direitos de muitos, e inclusive princípios universais, para

103 A Corte uruguaia adjunta o exemplo da pena de morte: “Nenhuma maioria alcançada no Parlamento ou a ratificação pelo Corpo Eleitoral – nem se lograsse unanimidade – poderia impedir que a Suprema Corte de Justiça declarasse inconstitucional uma lei que consagre a pena de morte em nosso país, que está proibida por disposição do art. 21 da Carta”, *op. cit.*, p. 35.

104 *Ibid.*, p. 53.

105 Denys Salas, “Les mots du droit pour un crime sans nom – les origines du crime contre l’humanité», in Truche (org.), *Juger les crimes contre l’humanité*, *op. cit.*, p. 27.

106 Para François Saint-Bonnet, o estado de necessidade se faz automaticamente acompanhar do sentimento de que determinada ação é indispensável: “entre a percepção da situação e a resolução de agir, o entendimento não opera nenhuma mediação, a *disputatio* não tem nenhum lugar. O administrador que age na urgência, ou o órgão que declara o estado de exceção, não faz uma escolha, fruto de uma deliberação, mas é movido pelo sentimento brusco de que não há alternativa. A seguir, quando do exame do juiz, a ratificação por um órgão de controle ou do assentimento da população, a apreciação do ato de necessidade consiste a partilhar, de modo quase mimético, o sentimento de que não se podia agir de outro modo”, *L’État d’exception*, Paris: PUF, 2001, p. 382.

proteger os privilégios de alguns poucos faz parte desse provincianismo. Do ponto de vista da cultura jurídica de um país cujas políticas de segurança pública, em diversas regiões, ainda toleram, velada ou abertamente, a tortura e a execução sumária, é preciso estar alerta para a instalação dos *Estados Janus*, cuja face liberal não exclui uma outra face autoritária, embora procurem justificar juridicamente o injustificável¹⁰⁷. O problema é que, quando se conquista o regular funcionamento das instituições da democracia formal, um lamentável veredicto pode, bruscamente, provar que “as estruturas institucionais são, enfim, menos importantes que as estruturas mentais”¹⁰⁸.

107 Delmas-Marty, *Libertés et sureté dans un monde dangereux*, Paris: Seuil, 2010.

108 Pierre-Marie Dupuy, *op. cit.*, p. 27.



FONTE: ARQUIVO NACIONAL



TRANSIÇÃO E JUSTIÇA INTERNACIONAL NA ARGENTINA

Leonardo Filippini

Professor de Direito da Universidade de Palermo (Argentina), mestre em Direito pelas universidades de Palermo (Argentina) e Yale (EUA), advogado e pesquisador do Centro Internacional para a Justiça de Transição (ICTJ)

APRESENTAÇÃO

Muitas discussões em torno da justiça de transição expõem a suspeita de que o marco do Direito Internacional frente ao desafio da superação de um passado de conflito pode conduzir a situações indesejadas. Essa suspeita esteve presente, por exemplo, no intercâmbio seminal entre Carlos Nino e Diane Orentlicher em torno das possibilidades e deveres do Estado argentino, que há pouco recuperou o caminho democrático após a última ditadura militar de 1976-1983¹. Orentlicher argumentava a favor de um dever internacional de penalizar as violações dos direitos humanos, assumindo, em parte, que a pressão internacional fortaleceria o novo governo democrático, enquanto que Nino acreditava que um dever internacional forte de persecução penal haveria desestabilizado o processo de justiça e aumentado a polarização entre os grupos de direitos humanos e dos militares. Para Nino, um dever internacional de perseguir todas as transgressões dos direitos humanos cometidas sob o regime anterior poderia ser um instrumento muito amplo para um governo que deve lutar para restabelecer a democracia².

Acredito, todavia, que o caso da Argentina não tem apresentado, nem apresenta atualmente, um dilema fatal entre a margem de manobra nacional e o modo de conceber algumas

1 Diane F. Orentlicher, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", 100 *Yale Law Journal* (1991) 2548-9. Carlos S. Nino "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context", en *Yale Law Journal*, 100 (June, 1991), pp. 2537-2615 y Diane F. Orentlicher, "A Reply to Professor Nino", *Yale Law Journal*, Vol. 100, N.º. 8 (June 1991), pp. 2641-2643.

2 Carlos S. Nino; *Juicio al mal absoluto / Los fundamentos y la historia del juicio a las Juntas del Proceso*, Emecé, Buenos Aires (1997).



soluções aos problemas da transição no âmbito internacional. Não existiu uma efetiva pressão internacional da envergadura e intensidade que Nino criticava, nem com a potencialidade de produzir os resultados negativos que prognosticava. Nem o Direito Internacional tem oferecido um esquema moral ou legal tão rígido para torná-lo inutilizável ou diretamente incompatível com as necessidades da comunidade argentina. Além disso, o Direito Internacional, suas instituições e os domínios de influência e pressão política gerados ao seu redor têm oferecido recursos valiosos à transição argentina. Em ocasiões, como fonte de pressão, às vezes como espaço de debate refrescante ou no âmbito em que as forças democráticas puderam encontrar seu próprio lugar de pensamento e ação, negado portas adentro.

Desde o restabelecimento da democracia, a jurisprudência argentina compartilha do que Anne Marie Slaughter e outros têm denominado *judicial cross-fertilization*³. Quer dizer, o pedido por parte dos tribunais argentinos por empréstimos não autorizados do Direito estrangeiro ou, para alguns observadores, claramente autoritário, plagiando frequentemente as decisões de cortes das democracias ocidentais mais poderosas e de doutrina dos tribunais internacionais. Consistentemente, também existe um uso habitual do Direito Internacional no julgamento de casos individuais, incluindo a declaração de inconstitucionalidade de normas nacionais por serem contrárias às normas internacionais⁴. Não há necessidade de mencioná-lo, o desenvolvimento é contemporâneo, além da crescente importância do Direito Internacional em todo o globo⁵.

Na Argentina da transição, a influência, a interação ou o diálogo transnacional têm aumentado. Há uma progressão que vai desde a ratificação conjunta de vários instrumentos internacionais dos direitos humanos nos primeiros tempos da democracia, 1983 a 1985, e sua citação em sentenças da Corte Suprema, até a consagração, primeiro judicial e, logo, por meio de uma reforma constitucional em 1994, da supremacia do Direito Internacional sobre as leis nacionais. Desde 1994, a Constituição Argentina estabelece expressamente que “os tratados e concordatas têm hierarquia superior às leis” e mais de dez instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos gozam da “hierarquia constitucional⁶”, isto é, não são somente superiores às leis, mas gozam do mesmo nível que o próprio articulado constitucional.

3 Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, March 2004

4 Esta descrição é adequada, ao menos, no relacionado ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Frente a outras regras do Direito Internacional como a do Direito Internacional Econômico, o panorama pode variar.

5 Como adverte Oona Hathaway, o Direito Internacional, antes uma província da diplomacia, atualmente alcança não só as interações entre os Estados, mas também o comportamento dos Estados fronteiras adentro. No início do século XXI, mais de 100 mil tratados internacionais regulam desde impostos e negócios até a proibição da tortura. Cfr. “International Delegation and State Sovereignty”, 71 *Law&Contemp. Probs.* 115 2008.

6 Constituição Nacional, Artigo 75, inciso 22.

Na década de 2000, esse processo de absorção e hierarquização progressiva de normas internacionais decantou sobre algumas decisões concretas referidas ao processo de transição. Fundamentalmente, levou a Corte Suprema, a partir de 2004, a revisar todo o arcabouço normativo das duas décadas anteriores à luz de princípio e regras do Direito Internacional, principalmente em torno da questão do processamento penal, mas também sobre assuntos relacionados à memória, à busca da verdade, à desqualificação de funcionários envolvidos em atos criminosos no passado, a políticas de reparações ou à identificação dos filhos e filhas de desaparecidos.

O informe da Comissão mudou o paradigma da compreensão do terrorismo de Estado. Revelou as violações que o governo militar ocultava e desautorizou para sempre a tese dos excessos, consolidando definitivamente a denúncia de um plano sistemático de repressão

O caminho que se começou a percorrer no início da democracia germinou nas decisões contundentes de duas décadas mais tarde, a favor da aplicação nacional do Direito dos Direitos Humanos na definição de assuntos sensíveis da transição. Por isso, o processo de integração normativa nos direitos humanos não é tanto um carimbo diferenciador e uma particular conformação da Corte Suprema, mas uma evolução, talvez não necessária, mas sim previsível, do caminho que a primeira administração democrática elegeu ao atar o processo de passagem aos principais tratados de direitos humanos. A tendência internacionalista da transição argentina em

seu momento atual, de tal forma, não é uma novidade ou a ruptura de uma tradição diferente, mas de um tipo de política de Estado que todos os governos democráticos desde 1983 têm respeitado de um modo geral.

O tipo de estabilidade democrática transmitiu confiança, em parte, com o aval do Direito Internacional dos Direitos Humanos em 1983. A partir disso, inclusive com tensões e não cumprimentos de pautas internacionais, a decisão das diferentes forças políticas que conduziram o destino nacional tem sido manter de modo consistente uma vocação de abertura e receptividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Todas as administrações subscreveram os principais tratados de direitos humanos e declarações que foram aparecendo nas últimas décadas e têm se preocupado em manter uma relação pelo menos decente com os órgãos de supervisão internacional. Nenhuma tem denunciado seriamente a incompatibilidade entre esses acordos internacionais e o marco constitucional.

A referência ao Direito estrangeiro e internacional, certamente, nem sequer é uma prática iniciada em 1983. Desde seu início, a Justiça argentina tem apelado às decisões estrangeiras, paradigmaticamente às da Corte Suprema dos Estados Unidos da América sobre algumas cláusulas constitucionais. O que se pode ver desde 1983 sobre isso é a intensificação desse processo. Desde a década de oitenta até agora, existe um crescimento paulatino e constante da permeabilidade de nossos tribunais ao Direito estrangeiro e internacional, e a Justiça argentina de hoje é receptiva e está atenta aos desenvolvimentos jurídicos fronteiras afora.

Na relação com o desenvolvimento da transição, em particular, a presença do Direito Internacional é evidente e tem um lugar destacado para o Direito Interamericano dos Direitos Humanos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) visitou o país em 1979, em plena ditadura militar, e sua ação foi fortemente respaldada pela comunidade de direitos humanos. Talvez não seja coincidência que Raúl Alfonsín, o presidente da transição, tenha sido um dos políticos que visitou os comissionados, possivelmente visando o potencial democratizador da visita e das redes internacionais de apoio. O informe da Comissão mudou o paradigma da compreensão do terrorismo de Estado. Revelou as violações que o governo militar ocultava e desautorizou para sempre a tese dos excessos, consolidando definitivamente a denúncia de um plano sistemático de repressão.

Essa estreita relação com o sistema interamericano na mesma origem do caminho para uma saída democrática se manteve até hoje. Nos anos oitenta, a CIDH recebeu denúncias por reparações insatisfeitas, em 1992 emitiu seu informe 28, sentenciando as normas de impunidade e, desde então, manteve um ativo monitoramento do processo nacional. Nos últimos anos, dado seu crescente aumento jurisprudencial, o Tribunal IDH passou a integrar também a rede de influência regional. A anulação das leis de Ponto Final, Obediência Devida e os indultos presidenciais de Carlos Menem, como já vimos, está ancorada nos princípios e regras do sistema interamericano e segue a interpretação de *Barrios Altos*.

Na continuação, avançarei algumas ideias em torno das possíveis causas dessa parceria entre Direito Internacional e transição, suas manifestações e formas de relação, e seu valor como efetiva contribuição à justiça. Como veremos, o sistema internacional não tem limitado a habilidade política da comunidade nacional para elaborar suas próprias soluções. A Argentina é um exemplo de uma sociedade que experimenta, como próprias, as razões e processos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e que resolveu modelar e até revisar suas próprias normas da transição à luz dos princípios de justiça e de enclaves políticos que o Direito Internacional refletia melhor do que a estrutura legal nacional. É uma comunidade que aceitou definitivamente que algumas regras do Direito Internacional podiam refletir melhor as próprias convicções acerca da justiça de transição e que algumas leis nacionais foram cunhadas sob pressão antidemocrática.

1. POSSÍVEIS TENSÕES ENTRE OS PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DA TRANSIÇÃO E A EXPERIÊNCIA NACIONAL

Antes de continuar com mais detalhes acerca do modo em que o Direito Internacional e seus órgãos interagem e se manifestam na transição, farei dois esclarecimentos, já que a afirmação de uma coexistência mais ou menos harmoniosa entre a crescente evolução e receptividade do Direito Internacional e a consolidação da democracia argentina parece poder ser questionada por pelo menos dois fenômenos. Como descreverei, no entanto, nenhuma dessas situações tem o poder suficiente para modificar o quadro. Sua citação aqui serve para uma descrição mais precisa do caso e, naturalmente, me permite assumir os limites que toda caracterização geral, como a que defendo, inevitavelmente possui.

1.1. A RECONCILIAÇÃO

A primeira tensão é sugerida pela evidência de que a experiência internacional acumulada sobre a ideia de *reconciliação*, diferente de outros desenvolvimentos internacionais vinculados à memória, à justiça e à verdade, sempre teve forte resistência por parte do movimento local dos direitos humanos. Muitos percebem, ainda hoje, que modelar o problema argentino sobre a noção de conflito e reconciliação impede abordar as margens mais importantes do processo nacional e propicia uma construção histórica incorreta sobre a natureza do passado violento e de seus responsáveis. Seria impensável que um órgão como a Comissão da Verdade e Reconciliação peruana, que recebeu forte apoio da comunidade internacional, pudesse existir, pelo menos com essa denominação, na Argentina.

Certamente, talvez não tenha existido ou não exista uma verdadeira tensão entre certos imperativos do Direito Internacional que poderiam se abrigar sob o lema da reconciliação, digamos, de um modo geral; a necessidade de conduzir as ações coletivas para a consecução da paz ou estabelecer certos limites para a persecução penal; e as necessidades ou avaliações nacionais a respeito, inclusive reconhecendo algum grau de divergência. Ocorre, todavia, que no debate nacional, o termo *reconciliação*, desde que este implique na discussão internacional da transição, foi empregado principalmente na associação com certas queixas dirigidas a impedir a persecução penal dos responsáveis e levantado por algumas pessoas e instituições em particular⁷.

⁷ A Igreja Católica, ou setores dela, por exemplo, em repetidas ocasiões, tem aludido à ideia de reconciliação em comunicados públicos críticos da persecução penal das graves violações aos direitos humanos. Como exemplo, entre muitos: "Peça a Igreja ao Governo que deixe para trás o passado", *Diário La Nación*, Buenos Aires, 16 de maio de 2004.

Isso gerou, de modo previsível, a ausência de uma discussão rica, em nível local, sobre uma possível ideia de *reconciliação*, seus alcances e implicações, ou sobre a possível aprendizagem de outras comunidades com processos de transição mais elaborados em torno desse conceito ou outros similares, como a África do Sul⁸.

A alta receptividade que podemos afirmar frente às iniciativas internacionais em matéria de verdade, justiça ou memória se torna refratária cautela frente às iniciativas apresentadas com base na reconciliação, inclusive prescindindo de uma discussão acabada sobre seus conteúdos. A reconciliação não opera como um conceito útil em torno do qual se discute e se encaminha as ações como ideal regulador, mas como um rótulo quase estanque e muito difícil de dissociar de posturas já definidas de certos setores de opinião, ou imbuído de certa conotação religiosa⁹.

Não é impossível modelar ou interpretar alguns sucessos argentinos sobre a ideia de reconciliação. Inclusive, não acredito que a experiência argentina seja, nos fatos, impermeável à própria ideia de reconciliação, pelo menos, em algumas das suas possíveis acepções. Mas é inútil tentar uma compreensão com alguma ancoragem histórica ou política, apelando a esse termo sem advertir toda a carga semântica que arrasta. Também não seria correto interpretar suas citações na história argentina sem considerar seu uso. Definitivamente, as ideias de memória, verdade e justiça do Direito Internacional têm servido muito mais. Tem permitido compartilhar ideias e propor desacordos sobre uma base comum sobre o que implicava cada princípio. A *reconciliação*, assim como qualquer tentativa internacional nesse sentido, resulta em poucos resultados. Não oferece um caminho compartilhado, mas uma abertura para o encerramento da discussão¹⁰.

1.2. O DIREITO INTERNACIONAL, A CONSTITUIÇÃO E A ANULAÇÃO DAS LEIS DE IMPUNIDADE

Uma segunda situação, mais recente, e que também poderia colocar em tensão a ideia segundo a qual o Direito Internacional tem sido sustentado de forma proveitosa no processo de transição argentino é o debate gerado pela reabertura da persecução penal das violações dos direitos humanos cujo julgamento foi truncado pelas leis de Ponto Final (1986) e de Obediência Devida (1987) e os indultos do ex-presidente Carlos Menem (1989-1990). Para muitos, a decisão de reabrir a persecução de acordo com os compromissos internacionais foi uma decisão plausível, muito defendida e compatível com a Constituição. Alguns críticos, no entanto, com múltiplas

8 E conseqüentemente, também são frequentes algumas referências não críticas ou desinformadas sobre o caso sul-africano.

9 Embora com muitas referências à situação local, pode-se observar, por exemplo, o artigo de jornal de Horavio Verbitsky, "Castagnazos", em diário Página/12, Buenos Aires, 23 de maio de 2004, como referência ao emprego do termo.

10 Com alguma semelhança, McEvoy, Lesley and McEvoy, Kieran and McConnachie, Kirsten (2006). *Reconciliation as a Dirty Word: Conflict, Community Relations and Education in Northern Ireland*. Journal of International Affairs. 60(1):81-106.

razões, têm questionado a reabertura do processo de justiça. Entre seus argumentos, um relativamente recorrente assinala que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao garantir o reatamento dos julgamentos, consagrou uma solução errada incompatível com a Constituição. Para os que compartilham essa visão, o Direito Internacional é um tipo de interferência indevida no desenvolvimento constitucional do país.

Em 14 de junho de 2005, a Corte Suprema da Argentina declarou a inconstitucionalidade das leis de Ponto final e de Obediência Devida em *Simón*¹¹ e revogou, desse modo, sua doutrina anterior em Camps¹², favorável à validade das normas. A Corte, de fato, assentou sua decisão considerando a evolução da jurisprudência argentina com relação à recepção do Direito Internacional dos Direitos Humanos¹³. Todos os comentários assinalaram a incidência do Direito Internacional na sentença e no rumo da transição. Carolina Fernández Blanco destacou que *Simón* foi sentenciado “com fundamento quase exclusivo em argumentos do Direito Internacional¹⁴”, María José Guembe interpretou que a evolução dos Direitos nacional e internacional “obrigou” os juízes a revisar sua primeira posição¹⁵, e Pablo Parenti observou que os argumentos da sentença “centralmente se ocupam do Direito Internacional e da sua possível aplicação por nossos tribunais¹⁶”.

Os críticos denunciaram que o máximo tribunal havia aplicado erroneamente as regras do Direito Internacional e interpretado equivocadamente os limites que a Constituição impunha à sua aplicação¹⁷. A Academia Nacional de Direitos e Ciências Sociais concluiu que “a doutrina que atribui primazia aos tratados de direitos humanos e ao costume internacional [...] implica transgredir [...] a ordem de prelação jurídica do sistema normativo argentino...”¹⁸ e o constitucionalista Gregorio Badeni destacou que a Corte Suprema não deveria aceitar uma fonte de autoridade superior a ela

11 CSN, *Recurso de fato deduzido pela defesa de Julio Héctor Simón na causa Simón, Julio Héctor e outros s/privación ilegítima de la libertad, etc. causa N°17.768-*, S. 1767. XXXVIII (14/6/2005).

12 CSN, Camps, Sentenças: 310:1162 (1987) considerou a validade constitucional da lei de Obediência devida. Nesse precedente são baseadas diversas sentenças posteriores: Sentenças: 311:401, 816, 890, 1085 e 1095; 312:111; 316:532 e 2117 e 321:2031, entre outras.

13 O presidente do Tribunal expressou que “[...] a partir da modificação da Constituição Nacional, em 1994, o Estado argentino tem assumido com relação ao Direito Internacional e, em especial, com relação à ordem jurídica interamericana, uma série de deveres, de hierarquia constitucional, que foram se consolidando e precisando seus alcances e conteúdo em uma evolução claramente limitativa dos poderes do Direito Interno de anistiar ou omitir a persecução de fatos como os do *sub lite*” (cons.15).

14 Fernández Blanco, Carolina; “La relación entre derecho internacional y derecho interno en el caso ‘Poblete’”, em *Nueva Doctrina Penal*, 2005-B, del Porto, Buenos Aires, p. 595”.

15 Guembe, María José; “A reabertura dos julgamentos pelos crimes da ditadura militar argentina”, em *Revista Internacional de Derechos Humanos* Sul, ano 3, N°. 4, Rede Universitária de Direitos Humanos, São Paulo, (2006), Introdução.

16 Parenti, Pablo; “La relación entre Derecho Internacional y Derecho Penal nacional: El caso ‘Simón’ - Algunas observaciones sobre la aplicación del derecho internacional por la mayoría de la Corte en el fallo ‘Simón’”, em Pastor, Daniel (ed.), *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema, Ad-Hoc*, Buenos Aires (2007).

17 Entre outros, Ezequiel Malarino, “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón”, em *ElDía.com*, 14 de setembro de 2009.

18 Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales; “Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional”; 25 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.academiadederecho.org.ar/declaraciones.htm>>.

própria em matéria constitucional¹⁹. Alguns até chegaram a escrever que, em matéria de direitos humanos, “está na moda uma posição internacionalista e unilateral sem concessões²⁰”. De outra perspectiva, Carlos Rosenkrantz advertiu que o problema de uma sentença como *Simón* não era se o Direito Internacional integrava ou não a ordem jurídica argentina, ou se a Argentina devia honrar seus compromissos vigentes, mas lembrar que o autogoverno coletivo requer olhar “muito mais para dentro para chegar às soluções que possam ser vistas como a reconstrução dos princípios que nos constituem como a comunidade política que somos”²¹.

Para todos eles, a decisão de anular as normas de impunidade estaria restringindo ou interferindo em um caminho nacional que, de modo geral, deveria ser mais introspectivo politicamente, mais rigoroso na leitura da Constituição e menos permeável nos argumentos forjados na comunidade internacional. Não se trata, como se vê, da atualização dos temores de Nino, já que a desestabilização política não parece associada ao uso do Direito Internacional. O que os críticos do momento atual da transição questionam é a qualidade dos processos por meio dos quais se tem definido algumas decisões. E a pergunta que a reabertura dos julgamentos gerou em parte da comunidade é pela legitimidade própria do Direito Internacional como base de nossos acordos coletivos.

Tendo a pensar, porém, que não existem objeções intransponíveis que nos obriguem a desconfiar da autoridade do Direito Internacional para contribuir a invalidar questões tais como a perseguição penal das violações dos direitos humanos do passado. Também não acredito que a Constituição invalide a solução adotada, nem que a reabertura dos processos seja um exemplo que exija modificar a apreciação sobre a sinergia que, no geral, o caso argentino tem gerado entre o espaço internacional e o próprio processo. Pelo contrário, a diferença dos críticos, acredito que é uma aceitação sem maior sustento empírico afirmar que o caso argentino mostra, em matéria de direitos humanos, uma distinção clara entre o processo nacional e o internacional. Não vou repetir aqui observações mais pontuais que já realizei sobre algumas das críticas²²; sobre algumas outras, voltarei mais adiante.

Para a pesquisa deste trabalho, alcança a que destaca que existem vozes discrepantes que efetivamente acreditam detectar uma tensão de uma intensidade tal que exigiria falar de

19 Baldeen, Gregorio; “El caso ‘Simón’ y la supremacía constitucional”; La Ley, Suplemento Penal julio 2005, p. 9.

20 Díaz Araujo, Enrique; “Internacionalismo salvaje”, en Jurisprudencia Argentina, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005-III-898.

21 Carlos F. Rosenkrantz “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 8, N° 1, Sept. 2007, p.213.

22 *La definición de los crímenes contra la humanidad en el fallo “René Jesús Derecho” de la Corte Suprema argentina*, na Jurisprudência penal do Tribunal Supremo de Justiça da Nação 4, Leonardo Piflevnik (ed. Buenos Aires: Hammurabi, Buenos Aires, pp.316-350 (2008); *El prestigio de los derechos humanos – Respuesta a Daniel Pastor*, (reimpressão), em Roberto Gargarella (ed.): Teoría y crítica del derecho constitucional. Tomo 1: Democracia, AbeledoPerrot, Buenos Aires, pp. 1207-1236 (2008); *El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo - Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz*, (artigo), na Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 8, N° 1, Buenos Aires: UP, pp. 191-202 (2007).

contrastes entre processo nacional e Direito nacional. Eles responderiam de outro modo a pergunta por esse vínculo. Com muitos outros, todavia, penso que tais contrastes não têm de modo algum a intensidade que os críticos²³ os conferem.

2. COMUNIDADES PERMEÁVEIS E COMUNIDADES REFRAATÁRIAS

Uma primeira reação frente a uma comunidade altamente permeável ao Direito Internacional é nos perguntar o porquê dessa condição. O que faz uma comunidade legal repousar com maior confiança do que outras sobre as regras ou princípios do Direito Internacional para solucionar um dilema difícil como o de uma transição? Por que algumas comunidades indagam com mais interesse do que outras sobre experiências comparadas como fonte de inspiração para a solução dos próprios problemas? O que se pode fazer para que um juiz considere seriamente emular a um par de outra jurisdição, no lugar de avançar por caminho novos? Todas essas questões, de algum modo, aparecem inexoravelmente conectadas à pergunta pelo lugar do Direito Internacional na vida jurídica de uma comunidade em transição.

É em vão desejar respostas contundentes, pois diversas teorias competem por explicar o comportamento dos Estados, e dos juízes e operadores legais em particular, para prever a influência de um princípio, um tratado ou uma sentença internacional²⁴. Oona A. Hathaway, por exemplo, tem destacado, na sua pesquisa sobre ratificação de tratados dos direitos humanos, a importância de considerar os benefícios que, em termos de reputação internacional, um Estado crê obter ao assinar um tratado. No seu raciocínio, esse é um elemento que ajuda a explicar a decisão de um Estado em ratificar um instrumento internacional²⁵. Outros trabalhos vinculam o tipo de organização política local com a permeabilidade da referida organização a um Sistema Internacional de normas e princípios. Também se tende a associar os sistemas políticos

23 Relativizando la existencia o importancia del referido contraste, Abramovich, Víctor, Editorial, Nueva Doctrina Penal, del Puerto, Buenos Aires, Año: 2007, Número: 2, pp. 1-18; Martin Böhmer, "Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional", SELA 2007, San Juan, Puerto Rico; De Luca, Javier; "Punitivismo y Derechos Humanos, *El caso de Argentina*", Publicações do Instituto de Direito Penal Europeu e Internacional, Universidade de Castilla La Mancha; Pablo F Parenti, "La jurisprudencia argentina frente a los crímenes de derecho internacional", *LateinamerikaAnaysen* 18, 3/2007, S. 61-93. Hamburg: ILAS, entre outros.

24 Oona A. Hathaway and Harold Hongju Koh, *Foundations of International Law and Politics* (New York: Foundation Press, 2005); Anne-Marie Slaughter, "International Law and International Relations Theory: A Prospectus," in *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives*, ed. Eyal Benvenisti and Mose Hirsch (Cambridge: Cambridge University Press, 2004); Beth A. Simmons, "Compliance with International Agreements," *Annual Review of Political Science* 1 (1998): 75-93; Beth A. Simmons, "International Law and International Relations: Scholarship at the Intersection of Principles and Politics," *American Society of International Law Proceedings* 95 (2002): 1-9; José Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (New York: Oxford University Press, 2005); and Robert O. Keohane, "International Relations and International Law: Two Optics," *Harvard International Law Journal* 38 (1997): 487-502.

25 Oona A. Hathaway, "Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law," *University of Chicago Law Review* 72 (2005): 469.

que garantem o respeito às liberdades civis e políticas com a maior aceitação dos sistemas de supervisão internacional²⁶. Andrew Moravcsik afirma que a necessidade de fortalecer uma transição democrática torna mais provável a absorção de um regime internacional de proteção dos direitos humanos²⁷. Outros autores têm aplicado as ferramentas da análise econômica do Direito nos sistemas internacionais de direitos humanos²⁸, enquanto que, no sentido oposto, parte da literatura destaca o valor dos princípios que formam um sistema internacional como causa da adesão a esse sistema²⁹. Outros acentuam na dinâmica dos processos transnacionais de criação normativa, como Harold H.Koh, ou sobre o particular papel das redes transnacionais de ativistas³⁰. Grosseiramente, poderíamos simplificar o assunto e assumir que um Estado se acostuma ao Direito Internacional por interesse ou por convicção. Isto é, vê no Direito um obstáculo ou um veículo dos seus interesses ou confia no que, com relação às suas normas, se deve às suas qualidades intrínsecas, por exemplo, como expressão da justiça ou do resultado de um acordo democrático.

Quando a Comissão Interamericana preparava sua visita ao país, em 1979, é muito provável que a aceitação do seu mandato por parte da junta militar tenha obedecido aos incentivos econômicos que a promessa de um crédito oferecia e à pressão externa da administração Carter³¹. Recuperada a democracia, em compensação, e talvez ainda hoje, a procura em fontes externas poderia obedecer a interesses de outros tipos, porém ligados à procura de reconhecimento internacional em certos foros ou ao cálculo que, em termos de reputação, poderia fazer um governo democrático que precisava romper o isolamento internacional na comunidade das democracias³².

Acredito, porém, que o caso da Argentina se explica melhor sobre a base daquelas teorias que vinculam o lugar do Direito Internacional e estrangeiro com a própria conformação de normas e valores, quer dizer, sobre a base da autoridade moral dos princípios que essas regras refletem. Ao

26 Anne-Marie Slaughter, "International Law in a World of Liberal States," *European Journal of International Law* 6 (1995): 503-38; Simmons, "Compliance with International Agreements," p. 83.

27 Andrew Moravcsik, "The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe," *International Organization* 54, no. 2 (2000): 217-52.

28 Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, *The Limits of International Law* (New York: Oxford University Press, 2005).

29 Simmons, "Compliance with International Agreements," cit., p. 87.

30 Harold HongjuKoh, "International Law as Part of Our Law," *American Journal of International Law* 98 (2004): 43; Harold HongjuKoh, "Transnational Legal Process," *Nebraska Law Review* 75 (1996): 181-206; Harold HongjuKoh, "Why Do Nations Obey International Law?" *Yale Law Journal* 106 (1997): 2599; Kathryn Sikkink, "Human Rights, Principled Issue-Networks, and Sovereignty in Latin America," *International Organization* 47, n.º 3 (1993): 411-41; Margaret Keck and Kathryn Sikkink, *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1998); and Alison Brysk, *The Politics of Human Rights in Argentina: Protest, Change, and Democratization* (Stanford, CA: Stanford University Press, 1994).

31 Iain Guest, *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War against Human Rights and the United Nations* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1990), p. 174; Brysk, *Politics of Human Rights in Argentina*, p. 54; y Marcos Novaro and Vicente Palermo, *La dictadura militar (1976-1983): Del golpe de estado a la restauración democrática*, *Historia Argentina* 9 (Buenos Aires: Paidós, 2003), p. 290 y Maria Luisa Bartolomei and David Weissbrodt, "The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina 1976-1983," *Minnesota Law Review* 75 (1991): 1009.

32 Moravcsik, cit.

menos no âmbito da transição é difícil negar a profunda adesão que os critérios centrais do Direito Internacional dos Direitos Humanos geram em muitos operadores legais e na comunidade em seu conjunto. Assim como o repúdio global ao genocídio poderia se explicar, fundamentalmente, pela aversão genuína que hoje desperta esse crime, é possível atribuir boas chances às teses morais para explicar por que algumas comunidades na transição podem ver as normas que proíbem os atentados mais básicos sobre a pessoa humana como um reflexo das suas próprias convicções.

Obviamente, nossa posição como observadores frente a essas explicações condiciona em parte nosso julgamento sobre sua legitimidade. Nossas decisões sobre o modo correto de avaliar a dinâmica dessa interação diz algo também sobre o tipo de relação que se estabelece – por exemplo, de adesão, cooperação ou subordinação – e possivelmente julgaremos de modo diverso a legitimidade da apelação ao Direito Internacional segundo sejamos capazes de entender a causalidade que o motiva. Para uma comunidade de médio porte internacional e sem chance alguma de liderança global como a Argentina, certamente, sempre existirá a sombra do que suas opções podem não estar configuradas em total liberdade, mas também escolhendo dentro do marco fechado de possibilidades que outros atores definem.

3. MANIFESTAÇÕES DA JUSTIÇA INTERNACIONAL NO DESEMPENHO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA

Como diz o professor Hitters, “faz algum tempo teria sido impensável para os cultores das ciências jurídicas em geral e do Direito Internacional em particular imaginar que os pronunciamentos e as diretivas ou informes emitidos por entes quase judiciais e judiciais [...] poderiam ‘se inserir’ na corrente sanguínea dos diferentes países com tal força como para obter transformação sensível em certas normas locais, incluindo as de linhagem constitucional³³”. A Argentina tem sido receptiva ao Direito Interamericano dos Direitos Humanos e às decisões e doutrina dos seus órgãos. Com altos e baixos, a tendência geral desde 1983 tem sido a de acrescentar a intensidade da resposta aos órgãos do sistema.

Um modo de responder à pergunta sobre como influi o Direito Internacional sobre a práxis judicial é observar de que modo esse Direito se apresenta durante as operações habituais dos órgãos de Justiça: o reconhecimento de normas e a sua aplicação concreta ao adjudicar um caso.

³³ Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad*, na revista LA LEY, Buenos Aires, 17 de setembro de 2008.

Com relação à primeira hipótese, se pode concluir rapidamente que a Justiça argentina reconhece com facilidade normas internacionais aplicáveis. Os tratados, já dissemos, são superiores às leis por disposição constitucional, e a Corte Suprema tem dito que a jurisprudência do Tribunal

Da mesma forma ocorre com reconhecimento das regras, contudo, a prática de adjudicação também não é inteiramente consistente.

interamericano de Direitos Humanos é um guia principal para a interpretação do alcance das obrigações do Estado. O mesmo princípio tem sido estabelecido, em geral, com relação às interpretações que fazem os órgãos dos tratados de direitos humanos sobre as respectivas cláusulas de cada um deles. Assim, se tem reconhecido princípios aplicáveis respaldados em informes do Comitê contra a Tortura e outros órgãos similares. A jurisprudência da

Corte Penal Internacional ou da Corte Penal Internacional para a ex-Iugoslávia observa a condução para a definição dos crimes internacionais e outros elementos do Direito Penal Internacional. O costume internacional também é fonte habitual de obrigações para a jurisprudência dos tribunais argentinos, apesar de não existir uma prática rigorosa para seu reconhecimento. Como tem dito o Procurador Geral em *Simón*, não só os tratados, mas também as normas consuetudinárias e os princípios gerais do Direito, integram a ordem jurídica nacional junto às leis e à Constituição.

Em todos os casos, todavia, o reconhecimento de todas as possíveis regras aplicáveis não é exaustivo e, às vezes, é difícil encontrar um fio condutor da prática judicial. Isso se observa em torno dos institutos do Direito Penal Internacional, mas também em outras áreas como o Direito Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. A jurisprudência argentina reconhece com relativa facilidade a existência de obrigações internacionais que devem modelar a reação judicial, mas muitas vezes seu exame não é exaustivo, nem toda a rigorosidade que se pode esperar de uma comunidade judicial que decide ter uma atitude permeável ao Direito Internacional.

No âmbito da adjudicação judicial, se observa a mesma abertura e fluidez na absorção de regras internacionais. As normas internacionais, costumes, sentenças e tratados descendem e se aplicam sem maiores mediações aos casos concretos. O Direito nacional opera como uma peneira bem fina e não é pouco frequente encontrar sentenças nas quais o *holding* da decisão é diretamente uma regra internacional, inclusive para declarar a invalidez de uma lei do Congresso. Individualmente, ou de forma combinada, podemos identificar diferentes usos do Direito Internacional: sua aplicação direta; a utilização de suas normas para a interpretação do Direito interno; ou como complemento da normativa interna; a consideração das interpretações dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos para definir o alcance dos pactos

e declarações e para moldar a hermenêutica constitucional e legal; e, finalmente, a execução nacional de decisões de órgãos internacionais judiciais ou quase judiciais em casos judiciais.

Esses diferentes usos, certamente, estão determinados, em parte, pelo Direito interno, que regula sua recepção no âmbito nacional, a amplitude no reconhecimento dos direitos estabelecidos nos tratados, a consideração do caráter operativo de certas normas convencionais e a hierarquia superior dos pactos, entre outras questões³⁴. No caso da Argentina, a Corte, interpretando o artigo 75, inciso 22, constitucional, tem determinado que os juízes devem aplicar as normas de direitos humanos considerando a jurisprudência emanada dos tribunais internacionais competentes para sua aplicação. Além disso, a Constituição estabelece a hierarquia dos tratados de direitos humanos com categoria constitucional e de todos os tratados internacionais sobre as leis. Da mesma forma ocorre com reconhecimento das regras, contudo, a prática de adjudicação também não é inteiramente consistente.

4. AMEAÇAS DA JUSTIÇA INTERNACIONAL AO PROCESSO DE TRANSIÇÃO

O caso argentino não sugere que a Justiça internacional se erga como uma ameaça ao processo de transição nacional. Apesar do forte tom imperativo que alguns princípios podem parecer conter, é inegável que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem operado sempre, no contexto dessa comunidade, pelo menos, como pressão simbólica em direção de verdade, justiça e memória, e nunca como uma efetiva ameaça aos equilíbrios necessários para a estabilização democrática em curso. A Justiça internacional não afeta o curso atual, nem tem afetado negativamente aquelas partes da história argentina nas quais o caminho da transição tem se desentendido grosseiramente com as restrições internacionais possíveis. Inclusive os críticos da reabertura atual dos processos penais poderiam coincidir em essa apreciação, pois a Justiça internacional não tem sido nunca um elemento desestabilizador. A Corte Penal Internacional, que é hoje a instituição global com mandato direto em matéria de persecução penal, carece de jurisdição temporal sobre os fatos do passado argentino, e a interação principal segue ocorrendo com o sistema interamericano de direitos humanos, sem competência para perseguir nenhum indivíduo. Para a opinião dominante, e naturalmente para a maioria dos tribunais e para a Corte Suprema, o atrito com os desenvolvimentos internacionais nutre o debate e participa de um mesmo fio histórico que o processo nacional.

³⁴ Ver, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Como já disse, a divergência mais importante atualmente se produz para os que, com uma perspectiva crítica, acreditam que as consequências jurídicas e políticas derivadas dos pronunciamentos da corte contestam com a linha jurisprudencial traçada pela Corte IDH que afeta a transição. Para os que postulavam que as normas de impunidade carimbavam um processo já concluído cujos resultados finais deveriam ser respeitados, a corrente internacional alterou a segurança jurídica, pois a clausura irrevogável da investigação penal do terrorismo de Estado devia ser respeitada. Assim o expressa, por exemplo, Daniel Pastor, que acredita que a questão devia ser considerada fechada definitivamente “para bem ou para mal”³⁵. A principal objeção radica em que se tem deixado de lado garantias básicas de nossos Direitos Constitucional e Penal, como a coisa julgada, a proibição de duplo julgamento, a garantia de precisão na definição da lei penal e de que esta emane unicamente do Congresso etc. Também se afirma que tem realizado um sobredimensionamento dos direitos da vítima à custa da posição do acusado³⁶ e que todo ele conspira com a reconstrução de um autêntico Estado de Direito, efetivamente respeitoso de certos limites éticos ao acionar do Estado.

Outro aspecto questionado é que o Tribunal tenha reconhecido efeitos obrigatórios aos precedentes da Corte IDH em casos em que o Estado argentino não tinha sido parte. Também há reparos à doutrina do caso *Barrios Altos* e à sua utilização como precedente, sem avaliar as diferenças factuais que tinha entre o caso peruano e o argentino³⁷. O argumento central por trás de todas estas críticas é que o Direito Internacional nos empurra a uma ladeira escorregadia e ao paulatino afastamento do Estado de Direito, mas nem sequer nessa inteligência parece possível falar de uma ameaça, no sentido de uma intervenção que pudesse fazer reaparecer a violência. No pior dos casos, o que se critica é a má influência e a criticável opção valorizada de ser obediente ao Direito Internacional.

A incapacidade da Justiça internacional de se transformar em uma ameaça se confirma ao observar também que os que criticam a fluidez do diálogo com a Justiça internacional não se fixam tanto no que os órgãos internacionais têm feito ou fazem em relação à Argentina, mas na conduta dos tribunais argentinos frente ao estímulo do Direito Internacional. Com isso, acredito que a própria ideia de uma imposição ou pressão indevida sobre os atores locais fica desvirtuada

35 “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, em Nueva Doctrina Penal; del Puerto, Buenos Aires, 2005/A, pp. 73-114. A expressão é similar à que já tinha usado outro professor argentino, Pablo Manili, “Sobre la inconstitucionalidad de la ley 25.779 (‘Nos guste o no nos guste’), em Anales de Legislación Argentina 2003 - D, 4911. Contudo, Manili, diferentemente de Pastor, acredita: “gostamos ou não das leis chamadas ‘ponto final’ e ‘obediência devida’, elas foram, em seu momento, perfeitamente constitucionais e gozaram de uma ampla legitimidade política” (id), enquanto que para Pastor, juristas sábios como David Baigún, Julio Maier e Marcelo Sancianetti tinham demonstrado que se podia argumentar para demonstrar a desconexão jurídica de tais normas (p.114, nota 79), mesmo que sem fixar sua própria posição.

36 Malarino, Ezequiel, *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional – un resumen*, LateinamerikaAnalysen 18, 3/2007, S. 191-214: ILAS.

37 Filippini, Leonardo G., *Algunos problemas en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el fallo Simón de la Corte Suprema Argentina*, em JUDICIALIZACIÓN DE CRÍMENES DE SISTEMA – Estudios de caso y análisis comparado – Serie Justicia Transicional Centro Internacional para la justicia Transicional – Canadá, Michael Reed Hurtado (editor), pg. 467 /511.

nos próprios termos dos que formulam a objeção, pois os que criticam a influência indevida ou o erro da Justiça internacional a respeito do caso argentino não podem mais conduzir suas observações à conduta das próprias autoridades nacionais, que são, definitivamente, as que aos olhos de todos conduzem o processo por meio de decisões autônomas.

5. INCIDÊNCIA DA ATUAÇÃO DE ÓRGÃOS DE CONTROLE OU JUDICIAIS INTERNACIONAIS SOBRE A ATUAÇÃO DOS ATORES NACIONAIS

Conforme Margaret Keck e Kathryn Sikkink observaram, o foro internacional interamericano tem funcionado como caixa de ressonância ou espaço de reclamação quando os canais nacionais de acesso aos representantes foram bloqueados³⁸. O próprio processo internacional funcionou assim, como outro foro da política nacional, no qual os que não eram considerados sujeitos de direitos na sua própria comunidade puderam ser reconhecidos na sua dignidade pessoal. Essa base de mínima consideração, contudo, pode não ter impactos facilmente visíveis em muito tempo. O Informe CIDH 28/92, que considerou as leis e os indultos contrários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por exemplo, não gerou efeitos visíveis por muito tempo. E até é duvidoso que o reatamento da persecução penal em 2003 tenha sido influenciado de um modo decisivo por tal informe.

Na jurisprudência argentina, no entanto, é solidificado o argumento de acordo com o qual algumas soluções são devidas a fim de “evitar a responsabilidade internacional do Estado”, em particular depois da reforma constitucional de 1994. Trata-se de uma cláusula habitual na linguagem do Direito Internacional Público, que, todavia, tem sido percebida como uma argumentação de autoridade e não demasiado convincente no âmbito local. Por essa via foram incorporadas muitas regras do Direito Internacional de modo imediato e se nutriu a interpretação do Direito Nacional com a prática dos órgãos internacionais.

O Tribunal Penal Internacional em particular tem tido uma influência moderada sobre o processo nacional. Existiu, e existe, um forte interesse acadêmico que se fez especialmente

mais intenso durante a discussão acerca da implementação do Estatuto. Isso gerou a discussão em torno da tipificação de alguns crimes, e essas discussões têm decantado como contribuições interpretativas aos tipos penais do terrorismo de Estado que se aplicam nos processos penais de hoje, com profusos exemplos de citações do ECPI, ICTY e do ICTR em muitas resoluções.

Uma derivação peculiar, embora delimitada, da prática consolidada de apelar às citações dos tribunais penais internacionais tem sido a discussão sobre a possível expansão da persecução penal aos membros de organizações armadas que agiram sem apoio estatal. À raiz de algumas declarações públicas de Luis Moreno Ocampo³⁹ e sobre a base da interpretação sustentada por alguns outros autores, uma opinião habitual, em oposição ao critério estabelecido pela Corte e pelo Procurador Geral da Nação, defende a ideia de que a Argentina tem a obrigação internacional de perseguir os fatos da guerrilha, seja como crimes de guerra, como crimes contra a humanidade, ou em função das normas internacionais sobre terrorismo⁴⁰. A questão, não obstante, já tem sido saldada em várias sentenças e, hoje em dia, parece improvável que se modifique essa linha.

Por outro lado, não tem tido grandes problemas com relação ao modo de integrar as normas e as jurisprudências internacionais em matéria de Direito Penal Internacional, com exceção das questões referidas à imprescritibilidade da ação penal e à nulidade das normas de impunidade, que foram as mais debatidas, como já temos visto. A Lei 26.200 adotou nacionalmente os tipos penais do ECPI e a jurisprudência que se tem gerado a partir da reabertura dos casos e tem incorporando a jurisprudência da verdade e Justiça Penal dos tribunais internacionais. Para alguns críticos, há certa manipulação ou uso incorreto dos materiais. Por minha parte, tendo a pensar, ao contrário, que ainda com os seus problemas, se verifica uma interpretação homogênea das normas.

6. JURISDIÇÕES ESTRANGEIRAS E INTERNACIONAIS

À margem da conhecida relevância do sistema interamericano sobre o processo argentino, é interessante notar também que outros terceiros países têm tido, em geral e de modo consistente, uma linha similar em declarar a responsabilidade pelo terrorismo de Estado argentino, exercendo, desse modo, certa pressão fundamentalmente ética ou simbólica sobre a Argentina e permitindo dar continuidade no exterior à reclamação de Justiça fechada no país.

39 “Las FARC pueden ser investigadas por “crímenes de lesa humanidad” Diálogo Perfil, Buenos Aires, 16 de março de 2008.

40 Emilio J. Cárdenas, Javier Vigo Leguizamón e Carlos A. Manfroni, *El Terrorismo como Crimen de Lesa Humanidad*, Edivern, Buenos Aires, 2009.

Entre os exemplos mais próximos se encontram os Estados Unidos, onde, a partir do caso *Pena Irala v. Paraguai*, alguns casos civis foram abertos envolvendo os responsáveis argentinos. Nos anos noventa, sendo solicitado a extradição, nos casos *Josef Schwamberger e Priebk*, deram a oportunidade para que, no primeiro caso, a Câmara Federal de La Plata e, no segundo, a Corte Suprema de Justiça da Nação avançassem conceitos favoráveis à cooperação penal internacional e à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Durante a vigência das leis de impunidade, além disso, foram muito importantes os casos na Espanha contra *Adolfo Scilingo e Ricardo Miguel Cavallo*, que por sua vez, se achava radicado no México. Ambos os casos colaboraram para manter a atenção sobre o tema e permitiu à comunidade de direitos humanos centrar-se em torno de petições concretas. A política argentina de então era reticente a favorecer essas extradições e, na entrada da década de 2000, houve pedidos ao governo do então presidente Fernando de la Rúa com a finalidade de cooperar com os processos em jurisdição estrangeira, no caso de que a vocação do governo argentino fora a de não revisar a impunidade. Havia processos judiciais contra militares argentinos na Espanha, Itália, Suécia, França e Alemanha. No primeiro caso, era solicitada a jurisdição universal e, nos demais, se exercia a jurisdição persecutória, já que algumas das vítimas eram cidadãos desses países⁴¹.

A reabertura dos julgamentos a partir de 2003, de fato, foi preparada por uma via dupla. Na jurisdição nacional, por meio da anulação das normas de impunidade, e na jurisdição estrangeira, por meio da derrogação de um decreto do ex-presidente de la Rúa que não autorizava a extradição nos casos citados. Casualmente, duas situações transnacionais serviram de ocasião para que a Corte argentina definisse o curso atual da persecução penal. Em *Arancibia Clavel* (2004), anteciparam muitos dos conceitos do que seria a sentença *Simón* (2005) ao resolver a situação de um membro da polícia secreta chilena e, em *Larizlriondo* (2005), a CSJN fixou sua posição sobre o alcance das figuras de terrorismo e crimes contra a humanidade ao sentenciar sobre o pedido de extradição de um integrante do ETA.

Também merece menção a cooperação penal internacional atual em matéria de extradição de imputados pela Justiça argentina. As extradições do ex-agente da Tripla A Rodolfo Almirón da Espanha⁴², a de Manuel Cordero do Uruguai⁴³, entre outras, ou inclusive a cooperação individual de cidadãos de outros países, como na denúncia da participação do piloto argentino Julio Alberto Poch nos voos da morte⁴⁴, logo respaldada pelas autoridades holandesas e espanholas, importam contribuições concretas ao processo nacional. Essa colaboração, certamente, não só facilita o

41 Ver, por exemplo, a opinião sobre esse momento de Víctor Abramovich, “La decisión, en manos de la Justicia”, diario La Nación, 15 de julio de 2003.

42 “Almirón, sin excusas”, Diario Página/12, Buenos Aires, 1 de abril de 2008 e “Rodolfo Almirón, jefe de los asesinos de la Triple A”, diario El País, España, 13 de junho de 2009.

43 “Manuel Cordero fue extraditado a Argentina”, Diario El País, Uruguay, 23 de janeiro de 2010. Disponível em <<http://diarioelpais.com.uy/100123/ultmo-467167/ultimomomento/manuel-cordero-fue-extraditado-a-argentina>>.

44 Assim se denominava a prática de extermínio utilizada pela ditadura militar argentina, consistindo em afogar os detidos desaparecidos os jogando indefesos às águas do Rio de la Plata.

acionar concreto da justiça e o avanço dos processos judiciais, mas de algum modo age também como aval implícito ao curso do processo de justiça.

As tendências em nossa região, ao contrário, talvez não influenciem demasiadamente no processo da transição nem nos modos de intervenção judicial com relação ao Direito Internacional, embora também sejam observados. Existe um forte interesse acadêmico pelos desenvolvimentos na Colômbia, em particular com relação ao papel das cortes constitucionais na tutela de direitos e no funcionamento da Lei de Justiça e Paz. Também há interesse pelos desenvolvimentos no Uruguai. No caso do Chile, em especial, o caso Pinochet, durante a vigência das normas de impunidade, contribuiu para que a comunidade jurídica incorporasse a problemática e observasse com interesse os desenvolvimentos na Espanha, Reino Unido e no país vizinho. Em uma direção discutível, a Venezuela propõe os mesmos desafios para outros países da região em fase de integração interamericana em matéria de direitos humanos, por suas fortes críticas ao sistema interamericano. A experiência do Brasil, diferente dos países do cone sul, não parece impactar especialmente, embora alguns requisitos com relação ao Plano Condor parecem se alinhar com a tendência que hoje parece generalizada na região. Os casos centroamericanos, finalmente, são lidos fundamentalmente por meio dos desenvolvimentos da Comissão e Cortes interamericanas.

Em outra ordem de ideias, é difícil estimar se as atuações dos órgãos judiciais internacionais e dos seus membros condicionam as percepções que o país tem acerca da justiça de transição. Não há material empírico que permita encontrar uma resposta concluinte e só poderíamos apresentar algumas especulações. De modo proeminente, a visita da CIDH em 1979 marcou a fogo uma relação que ainda perdura e se trata, possivelmente, do organismo mais fortemente associado ao processo de transição, junto à Corte IDH.

7. O DESAFIO ARGUMENTAL

Um aspecto que o caso argentino ilumina é o do valor do esforço argumental dos tribunais sobre as percepções coletivas. A julgar por muitas das interpretações geradas ao tom e os conteúdos das sentenças dos últimos anos, uma explicitação judicial mais cuidadosa das razões das decisões permeáveis ao Direito Internacional poderia ter colaborado para uma percepção mais favorável sobre seu emprego. O centro do processo ao máximo tribunal tem relação com a percepção de que o recurso ao Direito Internacional se faz sem uma adequada meditação sobre o valor e sobre as possíveis consequências do seu emprego. Tem se dito que os tribunais se reservam, sob essa justificativa, uma margem de discricção inconveniente, e impróprio na função judicial, em particular a penal, e que ter evitado responsabilidades internacionais ulteriores não resulta um argumento suficientemente sólido para justificar o emprego nacional de padrões internacionais.

Nesse sentido, se questiona que os tribunais argentinos aplicam regras do Direito Internacional Consuetudinário que não estão respaldadas por uma prática consistente da comunidade internacional; que se tem dado à jurisprudência interamericana um lugar de privilégio injustificado; que tem interpretado erroneamente sentenças e decisões de tribunais internacionais e que se aplicam às regras internacionais sem filtro constitucional algum, como regras de autoridade inexpugnáveis. Junto a muitos outros, discordo dessa caracterização radical do Estado e da qualidade da jurisprudência argentina. Há inconsistências, erros de citação e fragilidades em alguns argumentos que possivelmente poderiam se apoiar sobre melhores bases, mas não acho especialmente problemático ler toda esta jurisprudência de um modo compatível à história do conflito, e com valores constitucionais argentinos e os princípios de justiça dessa comunidade. O debate na comunidade legal, contudo, existe. E, ainda que em alguns casos possivelmente somente busque sustentar o processo de justiça, sem base em nenhuma preocupação genuína pelo Direito ou pela justiça, há os que acreditam que existe um autêntico desencontro, gerado pelos juízes ao adotar um curso de ação desafiante das formas do saber jurídico dominante.

Os atalhos argumentais dos tribunais, ou da economia dos argumentos que se tem apresentado publicamente em suporte de algumas decisões, não refletem todo o esforço que é necessário e têm gerado um custo importante sobre a capacidade persuasiva de suas sentenças. Uma decisão de autoridade forte, tal como a de ordenar a reabertura de uma série de processos penais ligados a um capítulo doloroso da história nacional, talvez exigisse um esforço argumental e expositivo maior, a fim de minimizar, pelo menos, a possibilidade da discussão sobre o curso da justiça, que se enche de dúvidas sobre o papel que os juízes poderiam estar desempenhando.

Trata-se de um fator a ser considerado seriamente na construção de acordos comuns sobre a juridicidade das decisões coletivas. As práticas assentadas, as rotinas dos saberes dominantes ou a compreensão habitual de alguns problemas podem reagir com alguma desconfiança frente às decisões que propõem abertamente um enfoque diferente acerca do modo em que as instituições devem reagir frente às exigências da transição.

Comprovada a existência dos modos argumentais diversos, ficam algumas dúvidas então: Em que medida podemos falar de desacordos profundos, por exemplo, sobre as divergências entre a Constituição e o Direito Internacional e em que medida, ao contrário, se trata de um desacordo de outra ordem, chamado de epistêmico, melhor ligado ao atrito que provoca um modo argumental novo em uma comunidade habituada a um enfoque diverso? O caso argentino ilustra alguns dos problemas associados a ambos os tipos de desacordo.

8. O DIREITO INTERNACIONAL EM CONTEXTO

De outra perspectiva, surge com alguma naturalidade a pergunta sobre a individualização correta do problema da adoção nacional dos princípios e das regras do Direito Internacional frente a uma mudança política e social profunda como a transição. Quanto tem de próprio, do par jurisdição internacional e transição, e quanto corresponde, na realidade, à tensão própria que implica a intervenção judicial sobre um problema social? A ideia que eu apresentaria aqui é que muitas das discussões que aparecem não têm a ver com Direito Internacional e com o funcionamento das suas instituições, mas com a apreensão jurídica de um assunto de alta sensibilidade cuja solução política muitos defendem.

Conceber um problema como um problema de direitos geralmente implica nos interesses em jogo, são tão críticos “que outros objetivos ou preferências devem se subordinar à satisfação e ao respeito daqueles [...]. Os direitos são interesses que merecem uma proteção especial e prioritária nas agendas e políticas públicas⁴⁵”. As intervenções judiciais, evidentemente, exibem um forte conteúdo de juridicidade no modo de enfrentar certas questões e isso implica limitar alguns sentidos possíveis dos termos de uma discussão, os procedimentos disponíveis e os remédios à mão. Recortar a política, limitar a discricção e forçar a argumentação.

A opção pelo Direito Internacional tem habilitado que os juízes se envolvam por meio de algumas decisões em um processo social que, de outro modo, teria menos princípios ou regras de referência. Em geral, não esperamos que os juízes joguem com regras da pura política, mas o Direito Internacional, com seu conjunto de regras relativas a certos aspectos da transição, expandiu o âmbito do controle judicial. Os juízes, graças a isso, podem avançar sobre a arena política e social, não como atores políticos puros, mas, todavia, no marco das competências que lhes atribui um conjunto de normas legais.

Pelo menos na Argentina, precisamente, uma discussão tem relação com a existência, relaxamento e poderes que efetivamente essas regras podem oferecer. Há um autêntico problema com o Direito Internacional; de certa forma, efetivamente, os juízes têm encontrado regras para habilitar sua competência e princípios para resolver casos que classicamente não eram vistos como sujeitos a julgamento. Mas, essa peculiaridade que o Direito Internacional parece ter oferecido, digamos, uma ampliação das possibilidades judiciais poderia ser anedótica

45 Marcelo Alegre, “Pobreza, Igualdad y Derechos Humanos”, Revista Jurídica da Universidade de Palermo, p. 176.

se pensarmos na questão de modo geral e considerarmos, por contraste, em outras possíveis intervenções judiciais sobre conflitos transformadores da sociedade.

A interpretação judicial não literária de cláusulas constitucionais sobre igualdade, por exemplo, autorizou avanços judiciais em matéria racial e em pressupostos de discriminação. A defesa judicial mais comprometida dos direitos econômicos, sociais e culturais se apresenta junto a uma construção forte da sua exigibilidade. A ideia do poder judicial como árbitro dos processos políticos alenta a possibilidade de uma maior presença judicial em áreas vinculadas tradicionalmente à estrita esfera política. Tem muitos exemplos e todas essas interpretações, da mesma forma que os reclamos pela implementação de medidas de transição patrocinadas pelo Direito Internacional, estão acompanhadas por diversas opiniões e movimentos de apoio e pressão. Se pensarmos nas diversas intervenções judiciais associadas às mudanças dos paradigmas valorizados, ou às fortes modificações dos existentes, encontramos, também, variações sobre o entendimento do papel judicial, seja propiciando uma atitude mais ativa ou mais restritiva, no procedimental, ou provindo de suporte conceitual de novas formas de entender a abrangência de certos direitos, como a igualdade.

A hipótese que quero deixar como sugestão então, e acredito que mereceria uma maior discussão pelo menos em comunidades jurídicas como a da Argentina, é que grande parte da atenção posta em relação ao Direito Internacional com o processo nacional reflete, na verdade e fundamentalmente, modos rivais de compreender a questão substantiva em jogo. A visão eminentemente prospectiva e sumamente respeitosa das disposições institucionais conquistadas no passado ficou associada às teses nacionalistas, enquanto que o enfoque revisionista e cético sobre o valor da consolidação de soluções injustas avançou sobre a base do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O que sempre esteve em jogo, talvez o único que está em jogo, é a tensão entre esses dois modos de se colocar frente à solução pela impunidade dos anos oitenta e noventa.

O Direito Internacional, cuja evolução como marco de referência de valores e princípios foi mais ou menos contemporânea ao desenvolvimento da transição argentina, sempre esteve associado à reclamação do movimento dos direitos humanos, começando pela enorme referência que significou o informe da CIDH de 1980. O Direito Internacional em si, por sua vez, se nutriu da experiência deste movimento. Os promotores de uma saída diversa à Justiça, em geral, sempre ofereceram interpretações limitadas sobre as possibilidades de intervenção judicial. Nos anos oitenta, alegando a impossibilidade de que a Justiça civil conhecesse fatos que correspondiam à jurisdição militar, ou que revisasse a autoanistia militar, pois estava amparada pelo princípio da lei penal mais benigna. Mais recentemente, em oposição a quase qualquer revisão das leis Ponto Final e de Obediência Devida e da aplicação de regras do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O que fica sugerido, então, é que o atrativo do Direito Internacional não tem sido tanto seu conteúdo transfronteiriço, mas sua aptidão para autorizar intervenções judiciais sobre a transição.



O caso argentino sugere, além disso, que o curso da transição não foi definido *desde fora*, sobre a base de regras internacionais alheias à comunidade, mas que esse corpo do Direito foi se desenvolvendo ao passo do processo da transição e refletiu, em um momento específico, as aspirações de justiça dos que puderam liderar a mudança. As pressões *desde fora* estiveram quase sempre ligadas ao esforço de algum membro da comunidade nacional. E, assim como nos primeiros anos da democracia, a aspiração por justiça dos crimes se manifestou em construções jurídicas como a supremacia da jurisdição civil sobre a militar, ou a tese da autoria mediata pela condução de um aparato repressivo, ela apareceu mais tarde como justificativa de um monismo legal intenso. Uma tarefa pendente, de tal forma, é esclarecer quando efetivamente podemos falar de um problema fundamental na aplicação do Direito Internacional frente à Constituição e quando, alterada, embarcamos nessa discussão só porque um assunto mais profundo se manifesta em sua própria pele.

OBSERVAÇÕES FINAIS

É possível postular, definitivamente, que o uso do Direito Internacional no caso argentino reflete uma visão do Direito que reconhece a existência de *princípios* não necessariamente positivos, mas cuja existência apelamos na resolução de casos difíceis⁴⁶. E, possivelmente, os que entendemos que a lei não pode ser mais que uma província do discurso moral tendem a olhar com menos rigor o uso transfronteiriço de normas e a aceitá-las como manifestações de regras e princípios universalmente plausíveis.

O Direito Internacional na transição argentina parece ter permitido expressar de um modo acessível elementos de justiça ausentes ou negados pela lei escrita, mas vivos na comunidade. De tal forma, pode ter sido o catalisador de um discurso moral e expressar sob um formato habitual de normas e sentenças, um forte julgamento moral de denúncia da impunidade. Isso, não obstante, não tem implicado negar toda virtualidade ao Direito Positivo frente às razões morais. As decisões da transição argentina não são puros princípios morais, mas regras reconhecíveis, sentenças e textos consagrados como tratados e declarações que têm irrigado a base de normas nacionais para impregná-las com uma ideia de justiça de outro modo ausente.

⁴⁶ Ver, por exemplo, María Lourdes Santos Pérez, “Una filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin”, *Doxa*, núm. 26 (2003), p.347 y ss.



A MEMÓRIA E SEUS ABRIGOS: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LUGARES DE MEMÓRIA E SEUS VALORES DE REFERÊNCIA

Inês Virgínia Prado Soares

Procuradora da República em São Paulo, mestre e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e pesquisadora de Pós-Doutorado junto ao Núcleo de Estudos da Violência (NEV/USP)

Renan Honório Quinalha

Graduado e mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e graduando em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo (USP)

1. INTRODUÇÃO

A memória serve como ingrediente apto a integrar as medidas de satisfação e garantias de não repetição em relação à ditadura militar brasileira (1964-1985)? Quais os bens e suportes mais adequados para veicular a memória desse período? Esses suportes de bens podem ser tratados ou protegidos como bens culturais? Após quase três décadas do retorno à democracia no Brasil, a reflexão em torno da memória e da justiça de transição ainda não apresenta respostas claras para esses questionamentos. Não que tais perguntas sejam extremamente complexas, mas simplesmente porque somente agora o tema começa a despertar maior interesse entre pesquisadores, defensores de direitos humanos e operadores do Direito.

O presente artigo tem a finalidade de oferecer alguns subsídios para a reflexão mais acurada sobre a importância da memória para lidar com o longo passado brasileiro de graves violações

de direitos humanos e, em especial, com o legado de violência deixado pela ditadura militar brasileira (1964-1985). Esse regime, como os outros regimes autoritários latino-americanos em curso na mesma época, foi caracterizado pela adoção de lógicas repressivas que passavam, centralmente, pela exclusão, pelo esquecimento e pelo aniquilamento das diferenças e dos grupos ou indivíduos que as personificavam.

A face mais violenta da repressão contra os opositores políticos desse regime autoritário, além de sistematizada em documentos, ocorreu em algum espaço físico: com muros, paredes, grades, pátios, jardins, sala de lazer e para reunião e outros tantos compartimentos.

Para traçar a relação entre memória e esses espaços físicos, partiremos das potencialidades da memória para enfrentar um passado de graves violações de direitos humanos, especificamente para lidar com o autoritarismo recente brasileiro.

A resistência ao regime também foi veiculada em diversos suportes: documentos, músicas, artes, panfletos, além de reuniões e passeatas que ocuparam espaços públicos e privados. Todos esses suportes, materiais ou imateriais, são elementos de enorme importância, merecedores de pesquisa na contemporaneidade. Em conjunto articulado, esses elementos podem erigir uma memória coletiva, já que têm potencialidade para revelar a verdade, as atrocidades praticadas, suas circunstâncias e motivações, bem como o modo pelo qual se resistia (ou não) a tais violências.

O presente artigo tem seu núcleo central no estudo da memória coletiva materializada em espaços que se convencionou chamar de Lugares de Memória. Para traçar a relação entre memória e esses espaços físicos, partiremos das potencialidades da memória para enfrentar um passado de graves violações de direitos humanos, especificamente para lidar com o autoritarismo recente brasileiro.

Na primeira parte apresentaremos tópicos sobre o sujeito e o objeto da memória coletiva; e sobre a lembrança, a imaginação e o esquecimento, investigando como esses elementos constituem os processos de memória. Após, sob a perspectiva de que os Lugares de Memória são espaço de recordação e reparação simbólica das vítimas da ditadura militar, discutiremos um conceito de Lugar de Memória mais adequado ao contexto brasileiro, com atenção à proteção jurídica da memória como ingrediente do bem cultural. Por fim, partindo da ideia

de que a verdade é, ao mesmo tempo, pressuposto e objetivo dos Lugares de Memória, abordaremos os valores de referência que informam esses espaços de consciência, analisando em que medida é possível considerar os Lugares de Memória portadores de valores de uso, estético e simbólico.

2. MEMÓRIA COLETIVA

2.1. A MEMÓRIA ENTRE LEMBRANÇA E IMAGINAÇÃO

Em diversos campos de reflexão, a memória tem assumido importância cada vez maior, sendo apropriada das mais diferentes formas, desde as teorias filosóficas e sociológicas até a estética e a ética. Alguns autores chegarão a afirmar que vivemos, atualmente, com fome de passado, em uma era da memória, pois “vivimos en tiempos en los que la apelación a la memoria aparece en todas partes. Se lucha por la memoria, se recuerda, se preserva, se marca, se anuncia, se restaura”¹. No mesmo sentido, outros dirão que “en general nos enfrentamos desde fines del siglo próximo pasado al surgimiento de una cultura de la memoria que se manifiesta de diversas maneras y en diversos ambitos”².

Em feliz síntese, Beatriz Sarlo, esclarecendo que as lutas pela memória dos crimes de Estado não são apenas uma moda, assevera que, em verdade, essas memórias “han adquirido dimensiones de religión cívica a partir de un acontecimiento central del siglo XX, el Holocausto”³. A reflexão em torno da memória, em suas variadas dimensões, não é algo inédito e tampouco recente. Em verdade, remonta às origens do pensamento filosófico ocidental; desde os clássicos da Grécia, passando pelo empirismo inglês e pela tradição do racionalismo francês, diferentes foram as formulações em torno desse conceito.

Ainda que não seja nossa pretensão, no presente trabalho, examinar a trajetória da reflexão em torno do conceito de memória, faz-se necessário destacar alguns aspectos desse desenvolvimento histórico para compreender as funções e configurações da memória em nossos dias. Desde sua origem, esse signo floresce sob a tensão entre dois sentidos que lhe são constitutivos: a recordação e a imaginação. Por ser concebida como um meio de acesso ao passado, comumente mostrou-se capaz não apenas de rememorar-lo, mas de recriá-lo, imputando-lhe elementos novos.

1 LORENZ, Federico. *Los lugares de la memoria*. Buenos Aires: Madreselva, 2009, p. 7.

2 BRAUER, Daniel. El arte como memoria. Reflexiones acerca de la dimensión histórica de la obra de arte. In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.). *Políticas de la memoria: tensiones en la palabra y la imagen*. Buenos Aires: Gorla; Mexico: Universidad del Claustro de Sor Juana, 2007, p. 269.

3 SARLO, Beatriz. Vocación de memoria: ciudad y museo. In VINYES, Ricard. *El Estado y la memoria: gobiernos y ciudadanos frente a los traumas de la historia*. Barcelona: RBA, 2009, p. 499.

Durante muito tempo, buscou-se demonstrar que esses processos do imaginário e da lembrança eram marcadamente diferentes e, de algum modo, até mesmo excludentes entre si. Enquanto o objetivo da imaginação estaria orientado ao fantástico, à ficção, ao irreal, ao impossível e ao utópico, a intencionalidade da lembrança seria dirigida diretamente à realidade anterior, à coisa recordada enquanto tal. Esta última dimensão, da memória enquanto mera recordação, era qualificada como mais fiel e, por isso, mais adequada para recuperar o passado.

Outra leitura desse fenômeno, hoje mais aceita, abandona essa perspectiva de que a imaginação seja uma forma inferior de conhecimento em comparação à rememoração. Compreende essas duas dimensões em complementaridade, ainda que sem esvaziar a dialética concreta existente entre essas tarefas estruturantes da memória. Nesse sentido, afirma Paul Ricouer que “debe existir en la experiencia viva de la memoria un rasgo irreductible que explique la insistencia de la confusión atestiguada por la expresión de imagen-memoria. Parece bien que el retorno del recuerdo sólo pueda hacerse a la manera del devenir-imagen”⁴. Assim, como as recordações do passado aparecem sempre representadas, na maior parte das vezes por imagens, torna-se inevitável o hibridismo da memória no desafio simultâneo de identificar um registro passado e consumir sua evocação no tempo presente.

Em outras palavras, todo exercício de memória é realizado a partir de mediações e representações, trazendo à tona essa ambiguidade que lhe é constitutiva entre recordar e reconstruir o passado, seja pelas lacunas apresentadas por este, seja pelas suas múltiplas leituras possíveis. Para Ricouer, essa ameaça constante de confusão entre o simples ato de rememorar e o potencial criativo de imaginar afeta a ambição de fidelidade, que caracteriza a chamada função veritativa da memória.

A despeito desse traço, que à primeira vista soaria como uma limitação insuperável, o paradoxo maior é que não resta nada melhor e além da própria memória para garantir a efetiva ocorrência de algo, antes que se pudesse consagrar uma recordação capaz de representar esse mesmo fato. É, portanto, um meio privilegiado de revisitar e interpretar experiências passadas.

Nesse sentido, para Jacques Le Goff, que escreveu um estudo paradigmático sobre as relações entre história e memória, esta última pode ser definida como a “propriété de conservation de certaines informations, renvoie d’abord à un ensemble de fonctions psychiques grâce auxquelles l’homme peut actualiser des impressions ou des informations passées qu’il se représente comme passées”⁵. No entanto, essa definição, orientada pela perspectiva biopsicológica da memória,

4 RICOUER, Paul. *La memoria, la historia, el olvido*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 22.

5 LE GOFF, Jacques. *Histoire et memoire*. Paris: Gallimard, 1988, p. 105.

essencialmente na esfera individual, padece de algumas deficiências para a construção de um conceito passível de apropriação pelas distintas teorias sociais contemporâneas.

Esse olhar tradicional para a memória, que deixa de analisá-la sob a ótica das necessidades e aspirações de determinado grupo ou coletividade, evidencia uma série de limitações. Tanto é assim que as abordagens mais atuais têm privilegiado as dimensões políticas e coletivas da memória, em especial sua relação com a qualidade democrática das diferentes sociedades em momentos pós-transicionais ou pós-conflitivos.

Ou seja, a memória passa a ser um elemento que ajuda a compreender o modo como a sociedade e o Estado lidam com seu passado de graves violações de direitos humanos. Mais: evidenciar a opção política pelo esquecimento ou pela lembrança, bem como colocar às claras a legitimidade de certos grupos para o exercício da memória, são peças que integram esse processo para formação de uma memória coletiva.

É o que veremos nos itens seguintes.

2.2. SUJEITO E OBJETO: UMA MEMÓRIA COLETIVA

Falar em memória significa, antes de qualquer outra coisa, confrontar-se com duas perguntas fundamentais: uma relacionada ao sujeito e outra ao objeto do ato de memória. O exercício da memória tem sempre sujeito e objeto definidos: por um lado, a memória é sempre pessoal e comprometida, ou seja, há sempre alguém que recorda, possuidor da memória e, portanto, o ponto de partida da lembrança; por outro, lembra-se sempre de algo, o que significa que a recordação está sempre em referência a um fato que se pretende rememorar, dimensão que é conhecida como caráter objetual da memória.

Segundo Ricouer, fiel à sua perspectiva fenomenológica, a primazia outorgada à pergunta “quem recorda?”, em virtude de uma longa tradição de compreensão da memória a partir do indivíduo, levou a uma aporia com a emergência da noção de memória coletiva que não pode mais ser conjugada nas pessoas gramaticais do singular, mas apenas naquelas do plural: nós, vós, eles. Além disso, tornou-se cada vez mais aceita a ideia de que a um mesmo acontecimento não corresponde apenas uma memória, mas sim diversas⁶.

⁶ É importante frisar que colocar o sujeito da memória em segundo plano não significa que há apenas uma memória, universal e no singular. Se até mesmo no plano individual normalmente há uma diversidade de recordações sobre um mesmo fato, no âmbito público, a efervescência de memórias é potencializada. Isso porque, dentre outras razões, a complexidade das versões históricas e as heterogeneidades das formações sociais liberam memórias diferentes, particulares e parciais.

Diante dessas insuficiências da concepção da memória a partir do seu sujeito, para não se enredar em uma aporia inútil, seria preciso atentar-se, antes, ao objeto da memória. Prioritariamente, esta passa então a ser interpelada não mais com a partícula “quem”, mas pela pergunta “recordação de quê?”.

Dentre esses diferentes objetos da memória, os momentos de extrema violência e de violação sistemática de direitos humanos se apresentam como uma perspectiva privilegiada para compreender as características e dilemas essenciais dos processos de rememoração. As duas Grandes Guerras Mundiais, a *Shoá*, os regimes fascistas e protofascistas europeus, as guerras civis e o sistema do *Apartheid* na África, as tiranias teocráticas no Oriente e as ditaduras militares na América Latina são os exemplos tradicionalmente discutidos.

No séc. XX, esses episódios são lembranças, incômodas a toda a humanidade, que atingiram um ápice de horror e barbárie, qualitativa e quantitativamente, diferentes do que se vira até então. Por constituírem situações-limite, convocam, ao mesmo tempo em que dificultam, o ato de constituição da memória. Com efeito, a natureza intensamente traumática desses conflitos de alto potencial de desagregação social coloca, aos que sobre ele se debruçam, o desafio da representação do irrepresentável; para os que sofreram diretamente esses traumas, a recordação significa reviver a experiência da dor.

Afirma Primo Levi, com sua habitual propriedade, que “a recordação de um trauma sofrido ou infligido é também traumática, porque evocá-la dói ou pelo menos perturba: quem foi ferido tende a cancelar a recordação para não renovar a dor; quem feriu expulsa a recordação até as camadas profundas para dela se livrar, para atenuar seu sentimento de culpa”⁷. Em outras palavras, se toda lembrança precisa ser representada para acessar o presente, esses momentos passados de grave violência põem em evidência tanto os limites quanto as potencialidades do que significa a narração desses efeitos traumáticos. A experiência, nesses casos, não é passível de pronta elaboração no plano das diferentes linguagens, pois a própria condição humana é colocada em xeque diante desses acontecimentos⁸.

Essa situação torna-se ainda mais paradoxal porque esses momentos extremos são tão difíceis de lembrar quanto de simplesmente esquecer, impossibilitando a mera recusa, pela

7 LEVI, Primo. *Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades*. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 20.

8 Sobre o paradoxo da representação do irrepresentável, também chamado “paradoxo de Levi”, vale consultar a análise de Agamben sobre a impossibilidade do testemunho sobre Auschwitz: AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz*. São Paulo: Boitempo, 2007. A referência é justamente ao já citado Primo Levi, sobrevivente do campo de concentração de Aushwitz e que publicou diversas obras sobre essa experiência. Interessante notar que, diante de tais fatos graves, variadas são as respostas individuais e coletivas, tanto dos perpetradores, quanto das testemunhas ou mesmo das vítimas. Um estudo mapeando algumas dessas possíveis reações encontra-se em COHEN, Stanley. *Estados de negación: ensayo sobre atrocidades y sufrimientos*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho - UBA, 2005.

negação, de um passado indesejado. Tais eventos persistem através da história, desse modo, premidos entre a tentação do esquecimento ou da sublimação e a dura, mas imperiosa, recordação.

Daí a relevância cada vez mais sentida da memória coletiva, que remete justamente a fatos históricos que transcendem as intimidades individuais, a despeito de também influenciá-las. Por interessar a um grupo de indivíduos, que pode ser uma pequena família, uma sociedade nacional ou até mesmo a comunidade humana em seu conjunto, a memória de determinado acontecimento, tal qual este próprio, assume dimensão coletiva, sendo sua elaboração impossível nos estreitos limites da individualidade.

Nesse caso, o todo é maior do que a mera soma das partes. A memória coletiva, antes de configurar uma versão universal e consensualmente aceita, composta de lembranças individuais, é um campo de permanentes disputas simbólicas em torno de versões e fragmentos sobre o passado, bem como de suas relações com o presente. Em outros termos, constitui-se como um núcleo a partir do qual se articulam relatos dissidentes, ainda que nem sempre excludentes, entre si.

Em alguns casos, sendo um exemplo o período pós-ditatorial brasileiro, chega-se a falar em uma “guerra de memória”. Maria Celina D’Araújo destaca: “brigamos com o passado de várias formas. Uma delas é queimando ou escondendo provas documentais; criando silêncios em vários sentidos, reais ou metafóricos. O Brasil, nesse aspecto, tem-se mostrado oscilante”⁹. Em interessante inventário sobre as memórias conflitantes dos militares e dos militantes de esquerda, atentando para o modo como se distanciam entre si, João Roberto Martins Filho afirma que “a review of the testimonies of leftist militants and military men about the darkest period of Brazil’s post-1964 dictatorship reveals from the very beginning a basic difference: whereas former militants strive to keep the memory of the 1960s and 1970s alive, the majority of military officers would like certain aspects of the period to be forgotten”¹⁰.

Diante dessa diversidade em constante interação, a memória coletiva assume o caráter de uma arena de embates e acordos, em que se fazem possíveis as mais diversas e provisórias construções discursivas, contribuindo, cada qual à sua maneira, para a elaboração social de um evento compartilhado. Essa negociação em torno da memória justa encontra, no espaço público e democrático, um lócus privilegiado de produção de sentidos e de exercício da

9 D’ARAUJO, Maria Celina. *Memória da ditadura militar no Brasil: fontes e métodos*. In: GOMES, Angela de Castro (coord.). *Direitos e cidadania: memória, política e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 130.

10 MARTINS FILHO, João Roberto. *The War of Memory: The Brazilian Military Dictatorship according to Militants and Military Men*. In: *Latin America Perspectives*, 36, p. 89.

política, produzindo incessantemente elementos identitários e culturais que concorrem com as imagens oficiais e consagradas da história¹¹.

Nesse sentido, para Jacques Le Goff, a memória coletiva

“a été un enjeu important dans la lutte des forces sociales pour le pouvoir. Se rendre maître de la mémoire et de l’oubli est une des grandes préoccupations des classes, des groupes, des individus que ont dominé et dominant les sociétés historiques. Les oublis, les silences de l’histoire sont révélateurs de ces mécanismes de manipulation de la mémoire collective”¹².

Vale ressaltar que a memória coletiva não se refere, apenas, ao que foi vivenciado direta e pessoalmente pelos seus sujeitos. Abrange, também, aquela herança que, muitas vezes, é transmitida através de gerações e cultivada por quem a recebe, sendo que sua longevidade depende da magnitude e da profundidade das marcas deixadas por determinado evento histórico¹³.

Não por outra razão, uma interessante diferenciação feita por Jan Assmann e Arno Gisinger, autores que se dedicam a essa temática, é entre a memória comunicativa e a memória cultural.

A memória comunicativa é direta, transmitida pelos que vivenciaram ou testemunharam diretamente os acontecimentos lembrados. É, via de regra, de curta duração, pois a vida média de uma testemunha gira em torno de oito décadas, após o que a memória do fato não tem mais essa fonte primária dos que o vivenciaram.

Por sua vez, a memória cultural surge a partir do desaparecimento da comunicativa. Em geral, algumas décadas após os acontecimentos significativos, a sociedade vai tomando ciência do iminente desaparecimento das testemunhas vivas. A reação natural diante dessa constatação é, então, mobilizar o conjunto de meios disponíveis para conservar e prolongar essas lembranças¹⁴.

11 De modo geral, pode-se afirmar que “el poder propone una versión del pasado donde no hay lugar al disenso (...) El modelo de memoria que nos ofrece el poder es el de la memoria fetichizada: toda una vasta iconografía recortada como figuritas escolares de su contexto original, despojada de toda conexión con el presente” Grupo de Arte Callejero. El anti-monumento. Resignación de la memoria histórica. Formas de representación del poder y modos de apropiación colectiva sobre el espacio urbano. In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.). *Idem*, p. 212.

12 LE GOFF, Jacques. *Idem*, p. 109.

13 A dependência de uma geração em relação à outra para ter acesso ao material histórico que conforma a identidade e a cultura de um povo é fundamental: “los pueblos recuerdan solamente el pasado transmitido activamente por los que lo precedieron en la historia en la medida en que le encuentran un sentido cargado de lógica propia, y lo olvida cuando la generación poseedora del conocimiento no lo transmite o es rechazado por ésta” FLORES, Julio. In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.). *Idem*, p. 190.

14 CHÉROUX, Clément. Por qué sería falso afirmar que después de Auschwitz no es posible escribir poemas? In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.). *Idem*, pp. 220-222.

A transição de conteúdos do primeiro para o segundo tipo de memória também marca a entrada desse material histórico no domínio público. Apenas com essa transformação, faz-se então possível a transmissão da memória contra a tendência ao esquecimento.

2.3. MEMÓRIA E ESQUECIMENTO

Usualmente, em especial no senso comum, contrapõe-se à memória uma ideia de esquecimento. Este nada mais seria do que a incapacidade ou a impossibilidade de recordar. Sob essa perspectiva, lembrar-se e olvidar-se seriam dois polos antitéticos, incomunicáveis, cuja única interação seria de oposição mútua: este seria definido, simplesmente, a partir da negação completa do primeiro.

[...] vale frisar que só é possível esquecer aquilo que foi experimentado ou vivido, seja diretamente, seja indiretamente. O que não foi inscrito na ordem dos acontecimentos não pode ser apagado

Outras leituras, contudo, têm privilegiado uma compreensão menos superficial dessa relação. Sem a pretensão de anular a tensão real entre memória e esquecimento, essas interpretações buscam tornar mais complexa a memória, atribuindo certa positividade ao esquecimento. O intuito é evidenciar que a construção da memória ocorre não somente a partir de fragmentos de recordações, mas também, seletivamente, a partir da organização e do processamento de certos esquecimentos.

Aliás, vale frisar que só é possível esquecer aquilo que foi experimentado ou vivido, seja diretamente, seja indiretamente. O que não foi inscrito na ordem dos acontecimentos não pode ser apagado. Em outros termos, “el olvido alude a una región oscura. No se refiere a algo inexistente, sino a algo que no está presente para mí ahora pero que ha existido y está ahí en estado de latencia porque lo olvidade fue registrado alguna vez”¹⁵. Trata-se, assim, de uma sombra, como o saber de algo que ameaça irromper a qualquer momento, mas que não se pode, por mera vontade, recuperar nem suprimir por inteiro. Em suma, o esquecimento pode ser visto como uma presença, ainda que ausente, que se põe além de nossa vontade.

Desse modo, os problemas *do lembrar e do esquecer* se constituem como campos fundamentais que demarcam os processos de construção da memória tanto no âmbito privado quanto no público. Pois a constituição de uma memória, dentre as inúmeras possíveis, vem sempre

acompanhada da ameaça da sua dissolução, muitas vezes concretizada no que representa o esquecimento e o silenciamento.

Não por outra razão, afirma-se que “en la definición de ‘memoria’ se guarda la idea del ‘olvido’, no como su antónimo sino como una relación de tensión y transformación constante”¹⁶. Sob esse ponto de vista, nem sempre a oposição se dará centralmente entre memória e esquecimento. A depender do contexto, a centralidade poderá residir nos desencontros das diversas memórias de um mesmo acontecimento contraditórias entre si.

O objetivo maior de enfrentar um passado bloqueado e liberá-lo para acesso da memória é a elaboração dessas experiências, mediante a construção coletiva de uma verdade que essa tarefa exige. O grande lema, nesses casos, é recordar para não repetir¹⁷, traduzido para o contexto latino-americano, pioneiramente, pelo Nunca Más argentino, que foi também o nome da publicação oficial elaborada pela Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), presidida pelo escritor Ernesto Sábato.

No Brasil, também houve uma importante publicação com esse nome. O livro Brasil Nunca Mais foi lançado em 1985, a partir do trabalho de uma equipe coordenada por D. Paulo Evaristo Arns e pelo reverendo Jaime Wright. A pesquisa que deu origem ao livro foi realizada entre 1979 e 1985 e sistematizou informações de mais de 1 milhão de páginas contidas em 707 processos do Superior Tribunal Militar (STM). Ou seja, diferente da oficialidade da CONADEP, o trabalho de revelação da verdade foi realizado por particulares, mas teve como base documentação produzida no âmbito do Poder Judiciário. Desse modo, o livro Brasil Nunca Mais foi o primeiro marco na construção da memória e da verdade em relação aos acontecimentos da ditadura militar sob a perspectiva das vítimas.

Atualmente, no Brasil, destacam-se especialmente três iniciativas do Governo Federal, que também adotam o espírito do Nunca Mais, com a assunção do Estado de sua obrigação de abordar e revelar os acontecimentos mais violentos do período da ditadura.

A primeira é o Projeto Direito à Memória e à Verdade, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República¹⁸, que tem o objetivo de recuperar e divulgar o que ocorreu no período da ditadura militar brasileira (1964-1985), a partir de registros que giram em torno das

16 FLORES, Julio. *Idem*, p. 188.

17 Há uma grande influência da psicanálise nessa noção de compulsão à repetição do recalcado, que retorna como sintoma. Inúmeras análises têm se dedicado a essa interessante dimensão do trabalho da memória, priorizando o conceito de sintoma social. Cf. KEHL, Maria Rita. Tortura e sintoma social. In TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. *O que resta da Ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 123-132.

18 Este projeto teve início em agosto de 2006, com a abertura da exposição fotográfica “Direito à Memória e à Verdade – A ditadura no Brasil 1964 - 1985”, no hall da taquigrafia da Câmara dos Deputados, em Brasília.

violações de direitos humanos. A justificativa dessa iniciativa é que a disponibilização desse conhecimento é fundamental para o Brasil construir instrumentos eficazes e garantir que esse passado não se repita nunca mais¹⁹.

As linhas de atuação do projeto são típicas da seara cultural: a) *Livro-relatório* da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP/SEDH), produzido a partir dos processos encaminhados a esta CEMDP²⁰; b) *Memoriais “Pessoas Imprescindíveis”*, composto por painéis e esculturas que buscam unir forma e conteúdo para dar aos visitantes uma visão – mesmo que sintética – do que foram os “Anos de Chumbo” no país²¹; c) *Exposição fotográfica “A DITADURA NO BRASIL 1964 – 1985”*, que traz uma ambientação visual que conduz o público em uma espécie de “viagem no tempo”: recupera, de maneira exclusiva, desde os primeiros momentos do Golpe de Estado que mergulhou o país numa ditadura de 21 anos, até os grandes comícios populares das “Diretas Já”.

Por sua vez, a segunda iniciativa é a criação, em 2009²², do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil, denominado Memórias Reveladas, institucionalizado pela Casa Civil da Presidência da República e implantado no Arquivo Nacional. Esta última, inclusive, adotou o slogan: *para que não se esqueça, para que nunca mais aconteça*.

Por fim, outro passo importante dado pelo Estado brasileiro foi a criação da Comissão de Anistia²³, no âmbito do Ministério da Justiça, que tem assumido enorme relevância pelas recentes iniciativas desenvolvidas. Essa Comissão reúne relevante material²⁴ sobre os perseguidos políticos, que devem pedir à administração que seja reconhecida sua situação de anistiado político, com as informações sobre as violências praticadas pelo regime militar. No contexto do julgamento dos

19 A descrição detalhada do projeto nos foi encaminhada por Vera Rota, que ocupou, até dezembro de 2009, o cargo de coordenadora do Projeto Direito à Memória e à Verdade, da SEDH.

20 O livro conta história das vítimas da ditadura no Brasil. A trajetória de operários, estudantes, profissionais liberais e camponeses que se engajaram em organizações de esquerda para combater o regime militar aparece agora como documento oficial do Estado brasileiro. O livro – lançado, em 29 de agosto de 2008, com uma tiragem inicial de 3.560 exemplares – foi distribuído para os familiares de mortos e desaparecidos, bibliotecas públicas e entidades ligadas ao tema. O estado de Pernambuco fez uma edição – lançada em abril de 2008, de 2 mil exemplares – para distribuir para escolas e instituições. A SEDH editou, em dezembro de 2008, mais cinco mil exemplares.

21 Feitos em acrílico e aço naval, os painéis trazem imagens dos homenageados e de situações que representam a repressão violenta do regime. O aço aplicado sobre o acrílico remete à brutalidade, à frieza e ao ambiente claustrofóbico das prisões e dos porões pelos quais passaram. Desde sua implantação, em novembro de 2006, até dezembro de 2010, conforme dados que nos foram enviados por Maurice Politi, foram inaugurados 26 Memoriais pelo país, com 49 exposições pelo projeto, mais 94 exposições instaladas por parceiros. No total, foi atingido um público estimado de 2,8 milhões de pessoas.

22 O Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil, denominado “Memórias Reveladas”, foi institucionalizado pela Casa Civil da Presidência da República e implantado no Arquivo Nacional com a finalidade de reunir informações sobre os fatos da história política recente do País. Mais detalhes em: <<http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=43>>.

23 A Lei nº 10.559, de 2002, que criou a *Comissão de Anistia*, no âmbito do Ministério da Justiça. A referida Comissão desempenha importante papel na reparação daqueles que tiveram seus direitos violados por razões políticas, tendo julgado, até março de 2011, pouco mais de 60 mil dos 68 mil pedidos apresentados, conforme declaração de Paulo Abrão para a Agência Brasil, em reportagem de Marli Moreira, publicada em 18/03/2011.

24 No site do Ministério da Justiça há notícia do projeto Marcas da Memória: História Oral da Anistia. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/>>. Acesso em 31.03.2010.

pedidos, a Comissão de Anistia também tem promovido as Caravanas de Anistia, tratamento que amplia os limites da reparação pecuniária, promovendo uma efetiva assunção de culpa pelo Estado brasileiro perante toda a sociedade, bem como cultuando a memória dos que resistiram à ditadura.

Essa inovação, adotada a partir de 2008, sob a atuante gestão cuja presidência é exercida por Paulo Abrão, esse projeto tem levado o julgamento dos pedidos feitos pelas vítimas à esfera pública, com sessões abertas aos interessados e em diferentes regiões do Brasil, normalmente relacionadas à história pessoal e de militância dos autores dos pedidos. A iniciativa, embora esteja dentro de um contexto de reparação financeira das vítimas, tem forte teor de reparação simbólica, seja porque a comunidade da vítima toma contato com o reconhecimento oficial da situação de perseguição política e injusta pelo regime autoritário, seja porque há o pedido público de perdão à vítima anistiada, feito em nome do Estado brasileiro.

Tais ações e projetos do governo brasileiro são importantes principalmente se levarmos em conta que regimes autoritários latino-americanos adotaram lógicas repressivas que passavam, centralmente, pela exclusão, pelo esquecimento e pelo aniquilamento das diferenças e dos grupos ou indivíduos que as personificam. Esses processos objetivavam não apenas o isolamento, mas o próprio apagamento das identidades consideradas desviantes. Nesses casos, o esquecimento assume outra dimensão, pois não é apenas uma perda acidental ou natural de acesso ao passado, por exemplo, pela ação inexorável do tempo; ao contrário, é politicamente manipulado.

Com efeito, em se tratando da memória dos crimes contra a humanidade, tal qual a repressão política da ditadura brasileira, intensifica-se a tensão entre a memória e o esquecimento, sobretudo porque, nessas situações, este último é comumente instrumentalizado como estratégia de poder a fim de garantir a perpetuação de determinada ordem e a impunidade dos que cometerem esses crimes. Assim, a memória aparece como elemento indesejável e perigoso para essa almejada estabilidade.

Por isso, “no existe olvido como tal, aunque sí huecos o silencios en la memoria colectiva causados tanto por las políticas oficiales de la desmemoria como por los efectos sintomáticos del trauma”²⁵. Esse tipo de produção do esquecimento e das lembranças, no âmbito oficial, evidencia que a luta pelo passado é sempre uma luta por identidades: o que recordamos e o que esquecemos, respectivamente, informa e desgasta a nossa identidade enquanto grupo ou nação. No mesmo sentido, afirma Ricouer que “la búsqueda del recuerdo muestra

25 REATI, Fernando. El monumento de papel: la construcción de una memoria colectiva en los recordatorios de los desaparecidos. In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.). *Idem*, p. 159.

efectivamente una de las finalidades principales del acto de memoria: luchas contra el olvido, arrancar algunas, migajas de recuerdo a la 'rapacidad' del tiempo (Agustín *dixit*), a la 'sepultura' en el olvido"²⁶. Nessa linha, aí sim afirmando categoricamente a contradição frontal entre lembrança e esquecimento, Ricouer caracteriza o dever de memória como um "dever de não esquecimento".

Daí a centralidade de um trabalho da memória que se oriente no sentido de romper com a lógica do silenciamento, constituindo-se em "expressão da reconquista de autoridade pelo sujeito vítima da violência, que impede a rasura repressiva e traduz a derrota, em última instância, das máquinas de aniquilamento"²⁷. Além das iniciativas de publicação e formação de acervos documentais, é importante destacar iniciativas que projetem e promovam a gestão de monumentos e locais que lembram as atrocidades do passado e as violações de direitos humanos²⁸. Esses sítios devem ser projetados e geridos de maneira que as lembranças da violência sirvam para a cultura de direitos humanos, atendendo à finalidade de educar a comunidade e de proporcionar reflexões que conduzam à não repetição (reiterando a expressão "Nunca Mais")²⁹.

Além de projetar-se ao futuro, consagrando o ideal de não repetição dos traumas sociais, o exercício da memória apresenta importante função de prover reparação simbólica aos que foram direta e indiretamente atingidos pelos atos de arbítrio e violência. Isso pode ocorrer de diversas formas, tanto pelo reconhecimento público do sofrimento que lhes foi perpetrado quanto pela assunção de responsabilidades e atribuição de culpas, abrangendo também as diversas medidas de reparação no plano econômico e social.

Nesse sentido, investigar a memória das vítimas, ainda que não seja a única, é uma das perspectivas privilegiadas e que precisam ser levadas em conta na construção democrática de uma memória social justa. Nesse sentido, é de grande importância a contribuição de outra narrativa histórica, assumindo essa perspectiva da memória dos que foram afetados e silenciados. Daí a necessidade de meios de busca e lugares de difusão dessas memórias que foram deslegitimadas e isoladas.

26 *Ibidem*, p. 50.

27 RIBEIRO, António S.; SANTOS, Cecília M.; MAESO, Sílvia R. Violência, memória e representação. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 88. Coimbra, Março de 2010, p. 6.

28 No âmbito federal, o PNDH3, em sua Diretriz 24 – Preservação da memória histórica e a construção pública da verdade – estabelece, como ação para cumprimento do objetivo estratégico de incentivar as iniciativas de preservação da memória histórica e de construção pública da verdade sobre períodos autoritários, a criação e manutenção de museus, memoriais e centros de documentação sobre a resistência à ditadura.

29 Ver: <<http://memoryandjustice.org/article/never-again-memorials-and-prevention/>>. Acesso em 05.02.10.

3. LUGARES DE MEMÓRIA: CONCEITO MAIS ADEQUADO À REALIDADE BRASILEIRA

A construção de memoriais, a proteção de um espaço como lugar de memória, o estabelecimento de datas comemorativas, a formação de museus com temas que busquem prevenir a repetição das atrocidades ou outras formas de homenagem de vítimas são iniciativas de *memorialização*. Como tais, independentemente do uso de suportes físicos, classificam-se como medidas intangíveis relevantes não somente para as vítimas diretamente atingidas como também para toda a sociedade.

Nesse sentido, os atos de memorialização são de grande importância para a sociedade por representarem o reconhecimento público do legado de violência (ou do passado violento)³⁰. A percepção da importância da memória, após a transição ou o retorno para a democracia, é assunto que começa a ser sistematicamente explorado e destacado nas análises teóricas e nas políticas públicas, apesar da memória sempre ter sido um elemento essencial para os direitos humanos e para os movimentos democráticos³¹.

Termo concebido originalmente pelo historiador Pierro Nora, os Lugares de Memória “nascem e vivem do sentimento de que não há memória espontânea, de que é preciso criar arquivos, de que é preciso manter aniversários, organizar celebrações, pronunciar elogios fúnebres, notariar atas, porque essas operações não são naturais”³². Seriam constituídos e constituiriam, assim, diversos meios de celebração e cultuação das memórias.

No entanto, a contribuição de Nora mostra-se mais restrita para a elaboração de um passado traumático, por dimensionar socialmente o local físico. Nesse conceito de Lugar de Memória, não há como enquadrar de forma adequada os espaços e recordações marginais, as vozes esquecidas e também as memórias consideradas subversivas³³. Nesse sentido, Ludmila da Silva Catela critica essa conceituação de Nora, por entendê-la por demais “estática, unitária e substantiva” e propõe a noção mais dinâmica e fluida de *territórios de memória*. Para a autora, esses territórios referem-se

30 Ernesto Kiza, Corene Rathgeber y Holger-C. Rohne, *Victims of War: An Empirical Study on War-Victimization and Victims' Attitudes. Toward Addressing Atrocities* (Hamburgo, Alemanha: Instituto de Investigación Social de Hamburgo, Junio 2006), p.119/122.

31 BICKFORD, Louis e SCHULTZ, Debra, *Memory and Justice: a Brief and Selected History of a Movement (Part 3)*, 2009, <<http://memoryandjustice.org/about/history/part3>>. Acesso em 05.02.2010.

32 NORA, Pierre. Entre Memória e História: a problemática dos lugares. In: *Projeto História*. São Paulo: PUC, n. 10, dezembro de 1993, p. 13.

33 BAER, Alejandro. La memoria social: breve guía para perpeljos. In *Memoria-Política-Justicia: en diálogo con Reyes Mate*, Alberto Sucasas y José A Zamora (ed), Editorial Trotta: Madrid, 2010, p. 137.

às relações ou ao processo de articulação entre os diversos espaços marcados e às práticas de todos os que se envolvem no trabalho de produção de memórias sobre a repressão; ressalta os vínculos, a hierarquia e a reprodução de um tecido de lugares que potencialmente pode ser representado por um mapa. Ao mesmo tempo, as propriedades metafóricas do território nos levam a associar conceitos tais como conquista, litígios, deslocamentos ao longo do tempo, variedade de critérios de demarcação, de disputas, de legitimidades, direitos, 'soberanias'³⁴

Com certeza, a proposta de Catela é mais abrangente e encontra, inclusive, respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente porque é um conceito importante para a tutela da vida digna para povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais. Porém, a referência a *territórios de memória* parte do pressuposto de que seus elementos – lugares, documentos, narrativas, histórias e outros bens materiais e imateriais – já estão integrados entre si, compondo e caracterizando o espaço de memorialização. No Brasil, pela incipiência das políticas culturais e de direitos humanos em relação ao tema, é melhor que se apontem instrumentos que protejam cada bem (ou conjunto de bens) singular que integre um território de memória.

Sob enfoque diferente de Catela, partindo de Nora e do contraponto oferecido por Sarah Gensburger³⁵ em sua pesquisa sobre os campos anexos ao campo de concentração de Drancy, em Paris, Alejandro Baer destaca a importância de pesquisar e proteger os locais que passaram despercebidos. O autor cita, como exemplo espanhol, o movimento recente de exumação de fossas de fuzilados durante a guerra civil e o franquismo. Na Espanha, algumas associações envolvidas no movimento de recuperação da memória histórica advogam que essas fossas permaneçam onde estão, exceto em situações-limites. Para essas associações, é importante que o local onde se encontram as fossas sejam tratados com dignidade, sejam um espaço de celebração e valorização da memória das vítimas³⁶.

Nossa concepção é baseada nos elementos e argumentação fornecidos por Catela em seus *territórios de memória*, integrando também as preocupações externadas por Baer e as pesquisas de Gensburger. Assim, nossa visão de Lugares de Memória está bem próxima do definido por Sebastian Brett, Louis Bickford, Liz Ševcenko e Marcela Rios. Para esses pesquisadores, Lugares de Memória (ou Sítios de Consciência) são “memoriais públicos que assumem um compromisso

34 CATELA, Ludmila da Silva. *Situação-limite e memória: a reconstrução do mundo dos familiares de desaparecidos da Argentina*. São Paulo: Hucitec/ Anpocs, 2001, p. 208.

35 Gensburger, Sarah, “Lugares materiales, memoria y espacio social. El recuerdo de los campos anexos de Drancy en Paris”: *Anthropos* 218 (2008), pp. 21-35.

36 BAER, Alejandro. *Ob.cit.*, p. 137-139.

específico com a democracia mediante programas que estimulam o diálogo sobre temas sociais urgentes de hoje e que oferecem oportunidades para a participação pública naqueles temas”³⁷. Essa definição traz os traços que fazem mais sentido no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente sob a ótica dos Lugares de Memória como bens culturais.

Em linhas gerais e em uma concepção mais aberta, o Lugar de Memória é um espaço concebido para cumprir uma função específica no Estado democrático, com a participação da sociedade. Mas, para ser considerado bem cultural, deve exercer as funções democráticas atribuídas a essa categoria de bens. Por isso, se é possível pensar em territórios de memória para os grupos vulneráveis mencionados (povos indígenas, dentre outros), a expressão Lugares de Memórias tem um significado mais claro e direto na perspectiva da gestão e do uso de instrumentos protetivos dos bens culturais para dar conhecimento da verdade à sociedade brasileira e para a reparação simbólica das vítimas da ditadura militar.

A expressão também tem repercussão para as histórias não contadas, para a verdade não revelada até agora sobre o passado violento. Daí que a centralidade da criação e gestão de um local de memória se oriente no sentido de romper com a lógica do silenciamento, com a valorização das vozes das vítimas e com a abertura para construção de memórias e ações que não aceitem de modo algum a hipótese de que as graves violações ocorridas no passado voltem a se repetir.

A Constituição não define o que é patrimônio cultural brasileiro, mas menciona espaços e sítios com valor cultural quando estabelece, no art. 216, *caput* e incisos, que “o patrimônio cultural brasileiro é constituído pelos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de fazer, criar e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

Por isso, a adoção do termo Lugar de Memória facilmente se vincula à previsão constitucional dos espaços destinados à manifestação cultural (art. 216, inc. IV) ou dos *sítios de valor cultural ou de interesse arqueológico* como bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, inc. V). No mais, a expressão Lugar de Memória também delimita com maior clareza o bem que

37 Sebastian Brett, Louis Bickford, Liz Ševcenko e Marcela Rios, *Memorialización y Democracia: Políticas de Estado y Acción Civil*, informe baseado na Conferencia Internacional Memorialización y Democracia: Políticas de Estado y Acción Civil, realizada entre 20 e 22 de junho de 2007 em Santiago, Chile, disponível em: <www.ictj.org>. Acesso em 22.05.2010. Tradução livre dos autores.

se deseja proteger (e remete a seu valor cultural), permitindo uma atuação administrativa que lhe destine verbas orçamentárias específicas e que utilize instrumentos protetivos próprios dos bens culturais.

No entanto, essa ligação dos Lugares de Memória com o aparato destinado ao patrimônio cultural não impede que os defensores dos direitos humanos trabalhem a concepção de territórios de memória de acordo com o conceito de Catela e que pensem em um perímetro espacial sem contornos tão definidos para congregar harmonicamente manifestações e bens culturais materiais e imateriais que possam traduzir a lembrança das atrocidades em posicionamentos a favor do respeito incondicional aos direitos humanos.

4. VERDADE E MEMÓRIA: OS VALORES DE REFERÊNCIA DOS LUGARES DE MEMÓRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

A despeito de não ser nosso objetivo esgotar as complexas interrelações entre memória e cultura, fato é que esses dois elementos são estruturantes de qualquer sociedade moderna e apresentam-se, sempre, em íntima vinculação. Isso porque a memória é um fator fundamental de coesão social e veiculação de valores, ocupando lugar privilegiado na edificação da vida cultural e da identidade de um povo.

Há uma gama de espaços, usos e veículos para a memória do período da ditadura militar que servem para políticas de não repetição: biografias, diários, livros, escritos, pinturas, esculturas, símbolos, rituais, testemunhos, intervenções políticas, marchas, pesquisas acadêmicas, processos judiciais, datas, políticas públicas, fotografias, retratos de personagens, camisetas, bandeiras, filmes, arquivos, monumentos, obras arquitetônicas, nomeações de logradouros públicos, mobiliários urbanos, sítios virtuais na internet, dentre outros. Todos e cada um desses bens, materiais ou imateriais, convertidos em “espacio de disputa y coexistencia de distintas versiones, donde confluyen lo colectivo y lo individual, lo heroico y lo íntimo”³⁸. Para harmonizar as disputas e selecionar as diferentes versões é preciso que se adotem valores de referência (social, político e cultural) compatíveis com o momento presente.

Dentre esses diversos bens que concentram significados e irradiam sentidos, as produções e as referências culturais de uma sociedade são privilegiadas enquanto reveladoras das relações que esta mantém com sua própria memória. Reciprocamente, a cultura influencia muito o tratamento que a memória de determinado fato receberá por parte da sociedade e de seus grupos. Tal tratamento é refletido nos bens culturais indicados como merecedores de tutela, por serem portadores de valores democráticos, inclusive a memória e a verdade sobre o passado de graves violações de direitos humanos.

É o que se verá nos itens a seguir.

4.1. A VERDADE COMO VALOR DE REFERÊNCIA PARA OS LUGARES DE MEMÓRIA

A maioria dos países democráticos já debate o tema da identificação e seleção dos bens culturais para a memória e a verdade, mas não há respostas definitivas nem muitos mecanismos consolidados. Como já dito, não há um conceito constitucional de patrimônio cultural, mas há indicação, nos artigos 215 e 216, de características e valores essenciais para que um bem seja considerado como integrante do patrimônio cultural brasileiro. Assim, para ser um bem cultural brasileiro, o bem deve possuir valores de referência ligados à memória, identidade e ação dos grupos formadores da sociedade brasileira.

Mas o que seriam valores de referência? Nas lições de José Afonso da Silva, a referência é um signo de relação entre os bens culturais e um elemento precedente no processo de seleção dos bens merecedores de tutela. Em suas palavras:

os bens portadores de referência são bens dotados de um valor de destaque que serve para definir a essência do objeto de relação ao qual se prende o princípio da referibilidade considerado. É que, no caso, referência é, também, um signo de relação entre os bens culturais, como antecedentes ou referentes, e a identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, como consequentes ou referidos. Identidade, ação e memória são consequentes ou referidos que portam a ideia de manter com o passado uma relação enriquecedora do presente.³⁹

A adoção da referência como pressuposto (ou antecedente) do bem cultural indica que os significados desse bem possam ser escolhidos pelos diversos grupos que compõem a sociedade

³⁹ José Afonso da Silva, *Ordenação Constitucional da Cultura*, p. 114 (grifos originais). O autor complementa afirmando que não é necessário que a referência seja um vetor do conjunto desses objetos. Basta que seja pertinente a apenas um: ou identidade, ou ação, ou memória.

brasileira e não exclusivamente pelo Estado. Assim, no caso de bens materiais ou imateriais vinculados ao período da ditadura militar (1964-1985), a verdade pode ser eleita como a referência mais apropriada para se enriquecer a memória, a identidade e a ação da sociedade brasileira.

Acompanhando as lições de José Afonso da Silva, a adoção da verdade como valor de destaque para definir a essência de um bem cultural que remeta à ditadura militar somente tem sentido quando a memória (consequente ou referida) mantiver uma relação intrínseca com a não repetição. Em outras palavras, os Lugares de Memória são bens dotados de valores de referência que servem para a revelação e o conhecimento da verdade sobre as práticas violentas da ditadura militar ou sobre a resistência a essas atrocidades por grupos da sociedade civil. Assim, a referência desses locais/espacos físicos é a verdade, a revelação do acontecimento violento. E a memória desse período, como consequência da verdade/referencialidade, deve manter com o passado uma relação de não repetição, de Nunca Mais.

O propósito essencial da verdade como valor democrático é permitir que se recorde um acontecimento violento para que se possa recuperá-lo enquanto memória viva, diante do que se torna possível registrar sua visibilidade pública e significá-lo como algo eticamente inaceitável ou que, ao menos, deva ser refletido coletivamente. Em outros termos, esse dever de memória no sentido de forçar a lembrança de uma grande afronta à dignidade “supone resguardar como bien público el símbolo visible de esa ignominia”⁴⁰. A verdade é usada como valor que indica que não basta manejar a memória no sentido de recuperar um passado para mantê-lo como objeto de museu, em mais uma das estantes decorativas da história.

A verdade deve ser usada como valor de referência que tem por finalidade recuperar esse passado de graves violações de direitos humanos para enriquecer e transformar o presente. Como afirma Vezzetti, “la condición básica que permite afirmar la memoria como deber y como derecho es que el pasado significativo permanezca disponible y abierto a la deliberación sobre sus efectos, en un presente que queda, así, transformado”⁴¹. Nesse mesmo sentido, “la memoria es una forma de traer el pasado pero sólo para abrir otra cosa, nueva, que recuperar lo vivido sin la tara de la repetición”⁴². Assim, a verdade como referência e a memória como consequente (ou referida) não apenas preenchem o bem cultural de significado, mas demandam ações e medidas contra a repetição das violências. E a rememoração é uma das iniciativas que vincula o presente (democrático) e o passado (autoritário).

40 GONZÁLEZ, Horacio. La materia iconoclasta de la memoria. In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.). *Idem*, p. 32.

41 VEZZETTI, Hugo. *Sobre la violencia revolucionaria: memorias y olvidos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2009 p. 37.

42 CALVEIRO, Pilar. Memoria, política y violencia. In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.). *Idem*, p. 61.

Nesse contexto, a verdade pode ser veiculada na obrigação do Estado de recordar as atrocidades praticadas no passado para que nunca mais aconteçam. Esse também é o entendimento estampado na diretiva da Organização das Nações Unidas, datada de 2005 e chamada de *Conjunto de princípios atualizados para a proteção e a promoção dos direitos humanos na luta contra a impunidade*⁴³, que foi produzida por sua Comissão de Direitos Humanos. Nesse documento, é reconhecido que os povos têm não apenas o “direito inalienável” de conhecer a verdade a respeito de crimes do passado, mas também que os Estados têm o dever de recordar esses acontecimentos.

4.2. OS VALORES DE REFERÊNCIA DOS LUGARES DE MEMÓRIA

O valor de referência é o critério que norteia a seleção dos bens culturais, independentemente do contexto em que tais bens são selecionados. Por isso, nos vários contextos de seleção, mais importante do que a admiração que os bens possam despertar é a reflexão que suscitam. Segundo Joseph Ballart Hernández e Jordi Juan i Tresserras, os valores de referência podem ser classificados em três categorias: valor de uso, valor de forma e valor de símbolo⁴⁴.

Após o retorno à democracia e à paz, cada povo precisa encontrar seu caminho para enfrentar a violência do passado recente e implementar mecanismos que garantam a efetividade do dever de memória e do direito à verdade. É consenso na doutrina internacional que não existe um modelo único para lidar com o legado de graves violações de direitos humanos praticadas no curso de um regime autoritário. Porém, de modo sistemático, a comunidade internacional menciona dentre as obrigações elementares dos Estados o oferecimento de mecanismos e instrumentos que permitam a elucidação de situações de violência e que garantam a reparação das vítimas, inclusive simbolicamente⁴⁵.

A partir dessas obrigações do Estado para a justiça de transição, o Lugar de Memória terá valor de uso (valor informativo-científico) quando servir para atender à necessidade concreta e contemporânea de conhecimento do passado e de revelação da verdade sobre os acontecimentos mais sórdidos da ditadura militar e à resistência a essas práticas. O valor de uso desse espaço de consciência pode ser menos imediato e intangível, ou imediato e direto, neste caso, tangível: “apreciamos um valor de uso tangível quando as qualidades do bem, como sua materialidade,

43 UN Commission on Human Rights, *Report of the independent expert to update the Set of Principles to combat impunity*, 18 February 2005, E/CN.4/2005/102. Disponível em <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42d66e7a0.html>> Acesso em 01/09/2009.

44 Ver Joseph Ballart Hernández e Jordi Juan i Tresserras, *Gestión del patrimonio cultural*, p. 20/22.

45 A construção doutrinária se firmou no sentido de que os Estados estariam vinculados ao cumprimento de tais obrigações e essa doutrina (de vinculação estatal) ganhou um suporte jurídico importante quando do julgamento do caso Velásquez Rodríguez v. Honduras pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1988.

fortaleza, forma 'útil' e possibilidades de uso prático, o tornam útil para satisfazer as necessidades ou desejos, incluindo a possibilidade de um consumo finalista"⁴⁶.

O uso tangível do Lugar de Memória passa pela adequação do espaço físico, que pode ser público ou privado, para outro uso que efetive o direito à memória e verdade, promovendo o conhecimento sobre o passado violento. A adaptação do prédio ou local para novo uso, com fins educacionais (educação para os direitos humanos e da história recente do país), é viável juridicamente mesmo que esse bem imóvel ainda seja utilizado no presente para a mesma atividade do tempo da ditadura. Assim, por exemplo, no caso de eventual tombamento do DOI-CODI, ocorreria a adaptação de uma delegacia para um Memorial.

O valor de uso intangível do *Lugar de Memória* comporta benefícios menos concretos e perceptíveis no curto prazo, pois a atribuição do valor ao local decorre da possibilidade de se extrair dele informações:

*mediante a investigação sobre o objeto (em relação a outros objetos e no contexto cultural que lhe é próprio) podemos incrementar nosso conhecimento histórico, nosso conhecimento técnico e nosso conhecimento geral sobre as sociedades passadas e presentes. Os instrumentos, os métodos e o tipo de perguntas que devemos dirigir ao objeto são oferecidos pela arqueologia, história, história da arte, a geografia histórica, a antropologia, ou seja, pelas disciplinas relacionadas com os estudos humanísticos e sociais, bem como pela teoria da ciência*⁴⁷.

Sem dúvida, além da finalidade de consolidação da democracia após a transição de um período de ditadura militar, sob a ótica do valor de uso intangível, a concepção e a gestão dos *Lugares de Memória* devem se basear na produção de informações que sejam úteis para a consolidação de uma cultura de respeito aos direitos humanos, bem como para o conhecimento histórico e a reflexão mais acurada sobre as medidas mais eficazes para que as atrocidades cometidas nunca mais voltem a se repetir.

O valor estético é aquele que decorre da avaliação do bem pela "atração que desperta nos sentidos e em função do prazer estético e a emoção que proporciona, mas também em função de outros atributos difíceis de conceituar, tais como raridade, preciosidade, aparência exótica ou genial (é o artista ou a obra que é genial?)"⁴⁸. No atual sistema de Justiça brasileiro, a proteção

46 Joseph Ballart Hernández e Jordi Juan i Tresserras, ob. Cit, p.20, tradução livre dos autores.

47 Joseph Ballart Hernández e Jordi Juan i Tresserras, *Gestión del patrimonio cultural*, p. 20/21.

48 Ob.cit., p. 21.

do bem cultural não depende do valor estético, pois a Constituição estabelece, em seus artigos 215 e 216, que os valores de referência não estão ligados ao belo ou ao excepcional, mas sim ao que é relevante para os grupos formadores da sociedade brasileira (referencialidade).

A violência, a tortura e outros suplícios praticados contra o cidadão devem ser conhecidos e reconhecidos como o inverso das práticas democráticas

A referencialidade indica ser dispensável o enquadramento do bem nas características de beleza indiscutível, de excepcionalidade, monumentalidade e oficialidade. A perspectiva do valor estético é da escolha de dentro para fora, do mais próximo para o mais distante. Por isso, os bens valorados podem ser portadores de atributos absolutamente inesperados, desde que destacados pela comunidade. Como pensar em valor estético de um local que lembra atrocidades, que revela o sofrimento de vítimas, expõe feridas e dores – muitas vezes sem cicatrização? Qual é a demanda que justifica a implantação e a manutenção desses lugares? Tendo em conta a

natureza sabidamente traumática dessas experiências da humanidade, por quais razões valeria desencadear recordações de tão desagradável lembrança? Não seria melhor relegá-las àquelas páginas pouco visitadas da história?

À primeira vista, essa pareceria a saída mais adequada para livrar-se de um passado indesejável que não mais pode ser reivindicado, eticamente, no presente. Entretanto, a importância de recordar fatos desse tipo justifica-se por motivos de diversas ordens. Ainda que não pretendamos exauri-los neste artigo, vale destacar os mais importantes.

Em tempos mais recentes, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, foi acentuada a dimensão ética da contraposição entre a afirmação de um patamar mínimo de cidadania e os episódios de violação sistemática aos direitos fundamentais. Assim, o valor estético do horror não é uma peculiaridade brasileira. Ao contrário: a consciência de que, após eventos sociais traumáticos, não é possível retomar com naturalidade a convivência democrática do ponto em que esta foi bruscamente interrompida intensificou a problematização da memória, bem como de seus efeitos para a transição e a consolidação democráticas.

Nesse sentido, é possível pensar numa estética do horror, não para contemplá-lo, mas sim para rejeitá-lo pública e definitivamente. A violência, a tortura e outros suplícios praticados contra o cidadão devem ser conhecidos e reconhecidos como o inverso das práticas democráticas. Assim, a estética das graves violações dos direitos humanos deve ser um valor de referência

estéril no presente, presa no passado, apresentada ao visitante do Lugar de Memória por demandas ligadas à justiça, verdade e memória. Nos Lugares de Memória, nada há de belo ou do esteticamente encantador, como ocorre com outros tantos bens culturais.

O valor simbólico (valor associativo) atua como presença substitutiva de alguém ou algo do passado. Assim, o valor simbólico é conferido a objetos históricos. Estes têm valor especial pela característica singular de participarem ao mesmo tempo do passado e do presente, servindo denexo entre os momentos temporais:

Logicamente ao considerar um valor simbólico nos objetos do passado, abordamos o objeto como veículo de transmissão de ideias e de conteúdos, como veículo de comunicação entre mundos distintos. Como veículo de comunicação, o objeto é portador de sentido, quer dizer, de significado. A compreensão dos significados do objeto histórico constitui o núcleo que chamamos de interpretação. Mas o significado dos conteúdos simbólicos não é fixo, nem eterno; varia com o tempo. (...) Assim, o objeto vai adquirindo uma gama de significados específicos de caráter simbólico que não só aparecem aos olhos dos especialistas, mas também se fixam no imaginário de cada geração. Portanto, com o tempo, o bem patrimonial não só vai adquirindo novos significados, mas também vai adquirindo um novo valor.”⁴⁹

Os Lugares de Memória são veículos de transmissão da ideia do Nunca Mais e simbolizam a importância dos valores democráticos e do respeito incondicional aos direitos humanos no Estado Democrático brasileiro. Por isso, a importância de preservar os elementos que remetem ao que não pode se repetir. Assim, os visitantes de um Lugar de Memória devem ter acesso aos suportes que lembram o horror, a tortura e o desrespeito à vida e à integridade física.

Louis Bickford observa que “many people still need monuments to offer accessible spaces for ceremonial or spiritual activity, or provide emotional solace. These kinds of projects are also very connected to the idea of symbolic reparations”⁵⁰. Nessa perspectiva, os chamados Lugares de Memória (ou sítios de consciência⁵¹) servem como mecanismo extrajudicial para reparação simbólica das vítimas da ditadura e da sociedade. Esses Lugares de Memória têm um potencial que atinge também o Estado, que, por meio de sua implantação e gestão, pode expressar pública e oficialmente seu repúdio às violações cometidas por seus agentes e ao negacionismo.

49 Joseph Ballart Hernández e Jordi Juan i Tresserras, *Gestión del patrimonio cultural*, p. 22.

50 Entrevista de Louis Bickford à Revista Transitions, do ICTJ, Novembro de 2009, p. 1.

51 Sobre a rede mundial de sítios de consciência, consultar: <<http://www.sitesofconscience.org/quienes-somos/networks/es/>>.

5. CONCLUSÕES

A partir da análise da importância da memória coletiva para a justiça de transição, procuramos trazer pontos ainda pouco explorados no caso brasileiro: os valores de referência que pautam a criação e a concepção dos Lugares de Memória no Brasil.

Nossa concepção é que a memória coletiva é sempre uma construção, feita de consciência e vontade, levada a cabo por ações grupais; nunca é automática ou espontânea. Como não se trata de um dado natural, a memória não pode contemplar apenas as versões oficiais da história, mas também os dissensos. Além disso, o exercício efetivo da memória não se resume, apenas, a incluir uma efeméride no calendário festivo, a construir um cerimonial de homenagem ou mesmo a erguer um memorial às vítimas da ditadura. É a combinação entre essas diversas iniciativas, acervos e lugares que potencializa a ação singular de cada um deles, constituindo um mapa ou uma topografia da memória capaz de enriquecer os sentidos do contexto democrático atual, compartilhados pela coletividade, numa perspectiva intra e intergeracional.

No Brasil, apesar de algumas iniciativas e da existência de locais referentes à memória, que ainda não foram analisados sob a ótica dos bens culturais, nossa pesquisa se limitou a analisar a memória veiculada em espaços físicos que remetam à violência praticada na ditadura militar, os *Lugares de Memória*.

Analisamos o *Lugar de Memória* como um bem cultural que, para atender à sua finalidade, é concebido e gerido para lidar com o passado de graves violações após o retorno à democracia. Por ser bem cultural, o *Lugar de Memória* pode lançar mão de instrumentos protetivos, nominados na Constituição, como tombamento, inventário, registro, desapropriação e vigilância, ou outros tantos não nominados.

No entanto, optamos por não abordar neste artigo esses mecanismos de tutela dos Lugares de Memória, mas sim os valores de referência que servem de base nas tarefas de seleção e gestão desses espaços. Assim, apresentamos uma breve reflexão sobre os valores de referência a serem adotados pelo Brasil para enfrentar seu passado violento, com a finalidade de contribuir para o processo brasileiro de justiça de transição, oferecendo um outro subsídio para as outras etapas da construção da memória e revelação da verdade.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz*. São Paulo: Boitempo, 2007.

AMBOS, Kai. *El marco jurídico de La Justicia de Transición: Especial Referencia al Caso Colombiano*. Editorial Themis, Colômbia, 2008.

BALLART, Joseph e TRESSERRAS, Jordi Juan i. *Gestión del patrimonio cultural*. 2. Ed. Barcelona: Ariel, 2005.

BERAT, Lynn. "South Africa: negotiating change." In: ARRIAZA, Naomi Roth (org.). *Impunity and human rights in international law and practice*. New York: Oxford University Press, pp. 267-280, 1995.

BICKFORD, Louis, 'Transitional Justice,' in *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, ed. Dinah Shelton, Detroit: Macmillan Reference USA, 2004, v.3, p. 1045-1047.

_____ e SCHULTZ, Debra, Memory and Justice: a Brief and Selected History of a Movement (Part 3), 2009, <http://memoryandjustice.org/about/history/part3>, acesso em 05.02.2010.

_____ BRETT, Sebastian, ŠEVCENKO, Liz e RIOS, Marcela, Memorialización y Democracia: *Políticas de Estado y Acción Civil*, informe baseado na Conferência Internacional Memorialización y Democracia: Políticas de Estado y Acción Civil, realizada entre 20 e 22 de junho de 2007 em Santiago, Chile, disponível em www.ictj.org, acesso em 22.05.2010.

CALVEIRO, Pilar. Memoria, política y violencia. In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.).

CATELA, Ludmila da Silva. Situação-limite e memória: a reconstrução do mundo dos familiares de desaparecidos da Argentina. São Paulo: Hucitec/ Anpocs, 2001.

COHEN, Stanley. *Estados de negación: ensayo sobre atrocidades y sufrimientos*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho - UBA, 2005.

DERRIDA, Jacques. "O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero?" In: NASCIMENTO, Evandro (org.). *Jacques Derrida: pensar a desconstrução*. São Paulo: Estação Liberdade, pp. 47-52, 2005.

ELSTER, Jon, *Rendición de cuentas. La Justicia transicional em perspectiva histórica*, trad. E. Zaidenweg, Katz Editores, Buenos Aires, 2006.

FONDEBRIDER, Luis. Arqueologia e Antropologia Forense: um breve balanço. In *Arqueologia da repressão e da resistência na América Latina na era das ditaduras (décadas de 1960-1980)*, FUNARI Pedro Paulo, ZARANKIN Andrés e REIS José Alberioni dos. Annablume/Fapesp, 2008.

FUNARI Pedro Paulo, ZARANKIN Andrés e REIS José Alberioni dos. *Arqueologia da repressão e da resistência na América Latina na era das ditaduras (décadas de 1960-1980)*, Annablume/Fapesp, 2008.

GARAPON, Antoine. *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*. Paris: Odile Jacob, pp. 214-215, 2002.

GARAPON, Antoine. *Peut-On Réparer L'Histoire? Colonisation, Esclavage, Shoah*. Paris: Odile Jacob, 2008.

HABER, Alejandro F., Tortura, verdade, repressão, arqueologia. Org. FUNARI, Pedro Paulo, ZARANKIN, Andrés e REIS, José Alberioni dos, *Arqueologia da repressão e da resistência na América Latina na era das ditaduras (décadas de 1960-1980)*, Annablume/Fapesp, 2008, p.161 e 166.

HAYNER, Priscilla B. *Unspeakable Truths: confronting State terror and atrocity*. New York: Routledge, 2002.

KEHL, Maria Rita. Tortura e sintoma social. In TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. *O que resta da Ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 123-132.

KIZA, Ernesto, RATHGEBER, Corene y ROHNE, Holger-C. *Victims of War: An Empirical Study on War-Victimization and Victims' Attitudes. Toward Addressing Atrocities*, Hamburgo, Alemanha: Instituto de Investigación Social de Hamburgo, Junio 2006.

KROG, Antje. *Country of my skull*. Johannesburg: Random House, pp. VI-VII, 1998. *Apud*: DERRIDA, Jacques. "O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero?" In: NASCIMENTO, Evandro (org.). *Jacques Derrida: pensar a desconstrução*. São Paulo: Estação Liberdade, pp. 47-52, 2005.

LORENZ, Federico. *Los lugares de la memoria*. Buenos Aires: Madreselva, 2009, p. 7. BRAUER, Daniel. El arte como memoria. Reflexiones acerca de la dimensión histórica de la obra de arte. In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.). *Políticas de la memoria: tensiones en la palabra y la imagen*. Buenos Aires: Gorla; Mexico: Universidad del Claustro de Sor Juana, 2007.

LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.). *Políticas de la memoria: tensiones en la palabra y la imagen*. Buenos Aires: Gorla; Mexico: Universidad del Claustro de Sor Juana, 2007.

McGREGOR, Lorna. "Individual accountability in South Africa: cultural optimum or political facade?" In: *American Journal of International Law*, vol. 95, n. 1, pp. 32-45, 2001.

MEZAROBBA, Glenda: De que se fala, quando se diz "Justiça de Transição"? , BIB, São Paulo, n° 67, 1° semestre de 2009, pp. 111-122.

_____ Entrevista com Juan Méndez, presidente do Internacional Center for Transitional Justice (ICTJ). Sur Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, v. 7, 2007, p. 168-175.

NORA, Pierre. Entre Memória e História: a problemática dos lugares. In: *Projeto História*. São Paulo: PUC, n. 10, dezembro de 1993.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. "Atividade Administrativa de Ordenação da Propriedade Privada e Tombamento: natureza jurídica e indenizabilidade". In: *Intervenções do Estado*, org. PIRES, Luis Manuel Fonseca e ZOCKUN, Maurício, Quartier Latin, 2008.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Esquecer é começar a morrer – Prefácio In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Memória e Verdade: a justiça de transição no estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

POMAR, Pedro Estevam da Rocha. *Estatísticas do DOI-Codi*, in: Revista ADUSP, n°34, maio/2005.

UN Security Council, "The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies", S/2004/616, 3 August 2004.

REATI, Fernando. El monumento de papel: la construcción de una memoria colectiva en los recordatorios de los desaparecidos. In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, *Políticas de la memoria: tensiones en la palabra y la imagen*. Buenos Aires: Gorla; Mexico: Universidad del Claustro de Sor Juana, 2007.

RIBEIRO, António S.; SANTOS, Cecília M.; MAESO, Sílvia R. Violência, memória e representação. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 88. Coimbra, Março de 2010



RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Éditions du Seuil, 2000.

ROTBURG, Robert I; THOMPSON, Dennis. *Truth v. Justice: the morality of truth commissions*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite; ALMEIDA, Alex Luciano Valadares de. Verdade e História: por um direito fundamental à verdade. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Memória e Verdade: a justiça de transição no estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 249-272.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SMYTH, Marie Breen. *Truth Recovery and Justice after Conflict. Managing Violent Pasts*. London/ New York: Routledge, 2007.

SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Memória e Verdade: a justiça de transição no estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. *O que resta da Ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010.

VELHO, Gilberto. Patrimônio, negociação e conflito. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132006000100009&lng=&nrm=iso>. Acesso em 11.10.2008

UN Commission on Human Rights, *Report of the independent expert to update the Set of Principles to combat impunity*, 18 February 2005, E/CN.4/2005/102.

VILLA, Hernando Valencia, *Introducción a la justicia transicional, Claves de razón práctica*, No. 180, Madrid, marzo de 2008, páginas 76 a 82, disponível em <http://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/seminariojt/tex03.pdf>, acesso em 01.04.2010.

VEZZETTI, Hugo. *Sobre la violencia revolucionaria: memorias y olvidos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2009.

RENAN HONÓRIO QUINALHA

Graduado e Mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Graduando em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo (USP). Membro do IDEJUST (Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição).

INÊS VIRGÍNIA PRADO SOARES

Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pesquisadora de Pós-Doutorado junto ao Núcleo de Estudos da Violência (NEV/USP) e Membro do IDEJUST (Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição). Procuradora da República em São Paulo.

A MEMÓRIA E SEUS ABRIGOS: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LUGARES DE MEMÓRIA E SEUS VALORES DE REFERÊNCIA

Resumo: O presente artigo aborda as potencialidades da memória para enfrentar um passado de graves violações de direitos humanos, especificamente para lidar com as práticas violentas decorrentes da ditadura militar brasileira. A partir da análise da memória, os autores tratam das recordações materializadas nos Lugares de Memória, considerando o teor cultural desses locais. E, por fim, abordam os valores de referência que informam esses espaços, analisando em que medida é possível considerar os Lugares de Memória portadores de valores de uso, estético e simbólico.

Abstract: This article analyzes the memory potentialities to confront a past of serious human rights violations, particularly to deal with the violent practices from the Brazilian military dictatorship. Through the analysis of memory, the authors discuss the remembrances in Sites of Conscience, considering the cultural purport of these areas. At last, the authors discuss the reference values that inspire these places, analyzing to wath extent it is possible to consider the Sites of Conscience as useful, aesthetic and symbolic values.



FONTE: ARQUIVO NACIONAL

REPRESENTAÇÕES SOCIAIS DA DITADURA, DA DEMOCRACIA E DA MEMÓRIA. O CASO ARGENTINO

Eduardo Andrés Vizer

Doutor em Sociologia, professor da Visitante da Universidade Federal da Integração Latino-americana (UNILA), professor consultor do Instituto Gino Germani e fundador do curso de Ciências da Comunicação, Universidade de Buenos Aires (UBA)

O DIREITO UNIVERSAL A TER DIREITOS E À DESIGUALDADE

Quero começar minha apresentação por um propósito que tem caráter de princípio universalista:
“Todo ser humano tem direito a ter direitos.”

Se essa proposição é aceita, por extensão lógica podemos sustentar que toda negação de direitos universais (nesse sentido, direitos universais significa “implícitos e extensivos a todo ser humano, igualmente”) implica uma negação inaceitável à nossa proposição original. Em outras palavras: não se pode negar a ninguém o direito fundamental de ter direitos. Mas além dessa lógica, praticamente silogística, o problema da realidade social, política e econômica é que, embora todos tenham nascido com direitos legais iguais, ninguém nasce com iguais condições de ter acesso ao exercício desses direitos em nossas sociedades. Nossas sociedades são essencialmente desiguais, e apenas a religião e a Justiça sustentam o princípio da igualdade, pelo menos em termos do discurso formal, no religioso e nas representações sociais dos meios de comunicação “politicamente corretos”. As religiões, conscientes da separação entre a realidade e o discurso, encontram uma solução para o dilema projetando a igualdade e a justiça ao mundo celestial, ou seja, excluindo a exigência de igualdade de direitos no seio da própria realidade social (assegurando assim o *status quo*, “a Deus

o que é de Deus, a César o que é de César"¹). Por outro lado, o sistema judiciário, além da política, baseado em normas, valores e procedimentos, é o único sistema social que pode exercer certo poder universalizante (extremamente limitado e parcial) sobre a realidade social, seja nos âmbitos econômicos, políticos, sociais ou culturais. Um poder relativo e sujeito a um equilíbrio permanente e negociado de forças, interesses e direitos adquiridos.

É precisamente o fato de ser um poder relativo e não absoluto (como seria o caso na Idade Média para o poder religioso e o poder inquestionável do rei e senhor) o que necessariamente deve ser implementado nas sociedades democráticas por meio de direitos e ações de setores sociais com suficiente força de pressão para exercer um direito potencial de exigir a legalização e a institucionalização de suas demandas: sindicatos, movimentos sociais, grupos minoritários, ONGs, setores excluídos etc. Uma característica da sociedade realmente democrática consiste precisamente no aparecimento desses atores sociais em um espaço público anteriormente reservado apenas aos representantes do *status quo* (as "pessoas únicas", empresários, banqueiros, representantes políticos, da igreja, a milícia e o poder do Estado). O reconhecimento democrático a ocupar o cenário das ruas e parques, manifestando-se publicamente como excluídos, como "diferentes", é apenas o primeiro passo a caminho do reconhecimento de um direito a ser incluído como diferente – homossexuais, minorias étnicas, fisicamente diminuídos etc. – com iguais direitos que qualquer outro ser humano. Podemos resumi-lo como: *igualdade dentro da diferença e diferença dentro da igualdade*. O direito universal à diferença.

Em um mundo abstrato de raciocínio cartesiano, a igualdade de direitos assume um caráter de universal positivo: a igualdade é real porque é legal, qualquer pessoa é legalmente igual à outra quanto aos direitos. Porém, como todos sabemos, a realidade não se reduz nem se ajusta ao legal, e é profundamente desigual em todos os sentidos. Todos nascemos em condições externas desiguais – social, econômica e culturalmente –, com capacidades pessoais diversas, mas também desiguais (capacidades físicas, mentais, cognitivas etc.). O mundo social moderno é rico em diversidade e em variações e profundamente desigual. As lutas sociais parecem ser um permanente conflito entre classes de pessoas (e classes sociais) que buscam aprofundar as diferenças graças a realizações, conquistas, posses (e às vezes a violência direta como método) e aqueles que apenas buscam a segurança e geralmente a paz, que muitas vezes só é conseguida por meio de certo isolamento social. Os primeiros buscam a desigualdade como motor da história e de suas próprias vidas, os segundos a aceitam como inevitável e tentam negociar e conviver com ela (não é essa uma forma de ver as características do capitalista e a do trabalhador ou empregado, das empresas por um lado e dos sindicatos por um outro?). Nos

¹ A Teologia da Libertação foi, nesse sentido, uma tentativa de evitar esse dilema entre a igualdade "celestial" e a desigualdade terrena. Por outro lado, o Papa Bento assume abertamente a separação entre ambos os mundos, inserindo a Igreja em um discurso fundamentalista, ou no que prefiro chamar de um "universalismo negativo", que nega a realidade e a substitui por um discurso sem referência exterior possível ou, pior ainda, autorreferencial.

países capitalistas, nos quais parte da riqueza produzida coletivamente teve que ser distribuída com políticas e medidas que diminuem as desigualdades mais flagrantes da dignidade humana (países escandinavos, Canadá e alguns outros), as próprias desigualdades econômicas passam a gerar uma dinâmica de crescimento generalizado e uma distribuição mais equitativa dos benefícios do trabalho. Porém, nos países em que a distribuição da riqueza é profundamente regressiva, as desigualdades flagrantes não conseguem – ou não podem – ser diminuídas apenas mediante greves e protestos, e o processo legal da justiça e a ação social e política são expressos em formas geralmente violentas e muitas vezes às margens da legalidade. Perde-se a confiança na negociação e nas medidas de força legais, e assim o próprio sistema social, econômico e a justiça são postos em dúvida e em permanente xeque. O sistema político e social passa a ser considerado apenas uma ferramenta de sustentação da desigualdade. Em outras palavras, o Estado perde seu valor de representação de todo o coletivo social, de expressão universal da nação. Ou ainda, em outras palavras, perde sua condição de universal positivo para ser considerado uma mera expressão de interesses particulares. Para o povo, as representações sociais do Estado são transformadas em meras expressões de um estado profundamente desigual, explorador e manipulado por uma classe ou um setor identificado apenas com seus próprios interesses, geralmente associados a interesses extranacionais.

O “CASO” ARGENTINO

Essas representações negativas sobre o Estado (sejam exercidas por autoridades escolhidas em eleições ou em um regime de fato) ganham uma força considerável se forem apoiadas por membros de um partido de massa ou um setor político majoritário que tenha sido ilegalizado. Esse foi o caso do Partido Justicialista (ou peronista) no caso argentino, já que, em 1955, foi declarado ilegal durante 17 anos pela denominada Revolução Libertadora². O partido peronista apenas voltou a ser legalizado após a crise e o fim do governo militar, que havia tomado o poder com um golpe em 1966. Diante do “dilema de Perón” e a ingovernabilidade permanente, os militares tiveram que reconhecer e legalizar o peronismo, o qual, em 1973, venceu as eleições em uma complexa e violenta combinação de setores de esquerda e direita do próprio partido. Porém, ante a crise política desatada pela morte de seu líder (Perón) em 1974 e da inépcia total de sua viúva e sucessora, além de uma sinistra equipe de personagens que a cercam, um novo golpe militar, em março de 1976, declara o peronismo ilegal – dessa vez junto com todos os partidos e atividades políticas.

² Não apenas o partido foi ilegalizado, mas também o pronunciamento público do próprio nome de Perón, em uma espécie de nominalismo segundo o qual o que não se nomeia não existe mais, deu lugar à criação de uma série de termos substitutos. Por exemplo, havia sido instituído o apelido de “juancito” para Juan Perón, ou “carlitos” ou “tio Carlos” para Karl Marx.

Após a primeira ilegalidade de 17 anos para um partido majoritário como o peronismo (a partir do primeiro golpe de 1955), havia sido gerada em grandes setores da população argentina uma imagem totalmente parcial e não representativa do Estado de Direito e das instituições democráticas de modo geral. O sistema de Direito e a igualdade política se viram profundamente degradados e, conseqüentemente, para grandes setores da população argentina, as representações da democracia passaram a ser associadas a uma mentira oficial, a uma sorte de entelêquia meramente discursiva³. A democracia e os direitos políticos não se comunicavam entre si. A democracia não era percebida como a expressão do exercício dos direitos políticos da população, mas apenas como uma forma irreal e enganosa de exercer o poder dos órgãos de Estado por parte de um setor minoritário da sociedade que exercia esse poder exatamente mediante a negação do direito político e da exclusão das grandes majorias de uma expressão política livre. Os setores minoritários capazes de exercer o poder podiam ser alternativamente civis (em eleições que proibiam o peronismo) ou militares (como o golpe de 1966). De qualquer modo, o poder institucional do Estado apenas seria exercido mediante a proibição de uma parte majoritária dos direitos políticos da maioria. A democracia formal havia se transformado na única forma admitida de democracia, uma democracia condicionada, distorcida, reservada às minorias que podiam exercer determinadas parcelas do poder de decisão. Os limites do “sistema” eram delimitados pelos setores de poder real: latifundiários, alguns setores da indústria e, principalmente, a corporação militar, todos abençoados por uma Igreja Católica profundamente conservadora, quando não reacionária (os setores progressistas da igreja: terceiromundistas, sacerdotes, militantes da teologia da Libertação e até bispos foram assassinados, silenciados ou separados da Igreja, o que não impediu a presença de padres das Forças Armadas nas sessões de tortura).

O OVO DA SERPENTE

Nesse sistema legal e socialmente instável, qualquer medida política ou qualquer decisão que representasse um risco para os setores do poder real eram automaticamente rotulados de suspeitos e, um pouco antes do golpe militar de 1976, considerados abertamente subversivos, sujeitos a medidas de repressão que pré-anunciavam a era de terror que se aproximava. No Brasil, o golpe de 1964 (o antecessor de todos os golpes militares posteriores que foram realizados na América do Sul sob o sinistro Plano Condor) recebeu o novelesco nome de “os anos de chumbo”. Se nos níveis superiores do Exército brasileiro predominou finalmente uma certa ideologia de corte do desenvolvimento, já no Chile de Pinochet (1973) e sobretudo no golpe dos militares argentinos de 76 predominou, por um lado, um setor fundamentalista com uma ideologia de restauração

³ Lembro de manifestações políticas dos anos sessenta, em que alguns manifestantes peronistas cuspiam na rua cada vez que se repetia a palavra “democracia”.

O terror não é uma caricatura, uma caricatura refere-se a uma pessoa, um grupo, um Estado; mas o terror é simplesmente autorreferencial, refere-se a uma possível morte, a um desaparecimento físico, a um poder absoluto. E esse poder não admite réplica, simplesmente *funda* a única realidade que existe neste momento, uma realidade de vida ou morte

nacionalista e de extermínio das esquerdas, e por outro um setor liberal que visava a transformação e abertura irrestrita da economia aos mercados mundiais conforme os princípios do Consenso de Washington. Tanto no Chile quanto na Argentina, o objetivo publicamente declarado era “aniquilar a subversão”. Os termos das declarações oficiais tomavam a formatação de uma guerra. O “corpo da pátria” deveria ser preservado do câncer subversivo que se escondia em locais obscuros, com os “agentes do mal” e a anarquia escondidos à espera do momento e da situação propícios para realizar o seu golpe violento: bombas, sequestros, assassinatos, assaltos a delegacias e quartéis militares. O discurso da guerra antissubversiva tinha se instalado sob o guarda-chuva ideológico da Guerra Fria, negando ao “inimigo” qualquer referência

à sua luta por uma democracia mais justa, por uma desigualdade menor ou pela liberdade de pensamento e ação. Em outras palavras, o discurso oficial se assemelhava à linguagem de uma série televisiva: os agentes do mal seriam os agentes do “caos” e os sustentadores da paz e da ordem seriam o Estado militar como agente de ordem, uma ordem estabelecida com base no terror, na eliminação física do “inimigo” e na abolição de qualquer menção à ordem dos direitos políticos e à volta da democracia e da própria Constituição nacional; isso sem mencionar a proibição de livros, a suspeita sobre a psicanálise ou ainda sobre o nome suspeitamente eslavo de um autor, sem falar da expulsão ou do desaparecimento de professores, escritores, militantes, familiares ou meras testemunhas inocentes de atos de barbárie repressora, aquela que na realidade havia começado com uma “liquidação interna” dos Montoneros e do peronismo de esquerda já no próprio governo peronista de 74, ou seja, dois anos antes do golpe militar.

A partir do golpe militar de março de 1976, o ovo da serpente havia sido finalmente quebrado para tornar pública a aparição das piores formas de atrocidade e repressão, instalando de fato um discurso fundamentalista e uma prática repressora para que toda ação devesse ser avaliada apenas com base em sua eficácia para “eliminar os agentes do caos”. O monstro pôde finalmente sair de sua concha, proclamando-se como estandarte de uma cruzada pela “salvação da pátria”. Os termos do discurso oficial foram caricaturescos, porém, nesses momentos não inspiravam

o sorriso de desprezo que despertam hoje, depois de quase quarenta anos de ausências e de duelos ainda não totalmente encerrados. O terror não é uma caricatura, uma caricatura refere-se a uma pessoa, um grupo, um Estado; mas o terror é simplesmente autorreferencial, refere-se a uma possível morte, a um desaparecimento físico, a um poder absoluto. E esse poder não admite réplica, simplesmente *funda* a única realidade que existe neste momento, uma realidade de vida ou morte.

O fundamentalismo do golpe militar de 1976, por mais ridículo que seja aos nossos olhos atuais, buscou fundar novamente o país, claro, um país segundo a concepção decaída desses militares dogmáticos, segundo os interesses de grupos econômicos associados a capitais financeiros globais, interessados em financiar operações especulativas tomando emprestado dinheiro do exterior a taxas muito mais baixas que no próprio país e protegidos por uma famosa “plataforma cambiária”, e também apoiados pelos setores mais reacionários da cúria, segundo uma visão “restauradora” dos valores e dos princípios mais conservadores da Igreja Católica. Poderiam ser estabelecidas semelhanças curiosas, ainda que enganosas, com o discurso do restaurador Rosas realizado 140 anos atrás, proclamando a morte dos “bárbaros”. A metáfora da sociedade como um corpo enfermo e da pátria à beira do caos, fundamentou os discursos de intervenção sobre o corpo social como um poder do Estado autorizado a exercer uma cirurgia maior que voltasse a “curar” a sociedade, restaurar os valores perdidos, instaurar a ordem e “salvar a nação”. O discurso e as práticas de poder da ditadura argentina adquiriram todas as características de **um discurso e uma prática fundamentalista de exercício do poder**. Um discurso e uma prática *particularista* (por oposição aos discursos e às práticas “*universalistas utópicas*” das associações revolucionárias de esquerda, como o ERP, o Exército Revolucionário do Povo) e o discurso “nacional populista” do peronismo de esquerda (Montoneros).

Para uma sociedade considerada enferma e infantil, era necessária a tutela de um Estado ditatorial. Porém, para esses militares, faltou uma condição indispensável para exercer essa tutela: a compreensão intelectual de uma visão ampliada de futuro e desenvolvimento, uma visão universalista que escapava totalmente de suas mentalidades e de sua formação restrita. Talvez os militares brasileiros tenham entendido melhor essa parte de sua “missão”, em parte devido a uma formação positivista que os projetava mais além do horizonte da segurança até certos valores de um “desenvolvimentismo” justificado por uma visão expansionista de ocupação física de um país imenso e da missão de defesa das fronteiras instáveis por parte de suas Forças Armadas, sem se aterrorizar pelos riscos da expansão da educação a populações marginalizadas (como foi o caso do “horror” da ditadura argentina até os intelectuais, certas disciplinas científicas e as ciências sociais em geral, bem como a distorção manipuladora de valores e termos, como “os argentinos somos direitos e humanos”; em alusão às críticas ao governo por parte de organizações internacionais de direitos humanos).

Todo o discurso justificativo de um estado permanente de guerra interna por parte das Forças Armadas na ditadura perde sua razão de ser quando, diante do quase desaparecimento e irrelevância dos grupos armados depois de 1980 e do surgimento de greves e mal-estar social irreprimíveis, a cúpula militar tenta uma estratégia suicida de sobrevivência buscando, dessa vez, definir e construir um “inimigo externo” (Inglaterra) e uma justificativa aglutinadora para a nação: a recuperação, pela força, das Ilhas Malvinas. O discurso “salvacionista e fundamentalista” das Forças Armadas encontra sua força emocional ao construir seu novo inimigo: a figura da primeira-ministra Margaret Thatcher, curiosamente identificada com a imagem de Hitler, e a Inglaterra como a terra dos piratas. A caricatura ridícula e o absurdo começaram a ocupar, a partir de 2 de abril de 1982 (dia da invasão – ou recuperação – das Malvinas por parte das Forças Armadas), as manchetes de todos os jornais e o discurso repetido até a exaustão dos meios de comunicação. Durante o mês de maio, o estrategema propagandista e militar conseguiu unificar a maioria dos argentinos. O discurso oficial tinha jeito de proeza nacional e se comparava com a proeza da vitória sobre as invasões inglesas de 1806 e 1807. Porém, quando a esquadra inglesa afundou o porta-aviões Independência e ficou evidente que, para os ingleses, a guerra de “las Falkland” também representava uma proeza de recuperação nacional, o desespero se instalou na Casa Rosada. O ditador-presidente (o “general majestoso” em seus poucos momentos de sobriedade alcoólica, como o chama um jornalista norte-americano) e seu grupo de assessores perderam totalmente o rumo, buscando ou aceitando o apoio de seus piores inimigos ideológicos: Rússia e Cuba, de Castro, chegando ao ridículo de assumir como sua a tese comunista da guerra popular prolongada. Se os ingleses não tivessem vencido a guerra, o ridículo, a incongruência e o absurdo a teriam ganhado em pouco tempo. Todo o discurso da ditadura desapareceu em um sem sentido e em uma paródia que levou os argentinos desesperados a ocuparem a Plaza de Mayo nos dias de junho em que ocorreu a rendição argentina nas Ilhas Malvinas, exigindo o fim do inepto regime militar, vencido tanto em sua frente externa como em suas políticas internas. A última etapa da ditadura se encerrou

Os testemunhos desoladores e a publicação de “Nunca Más” operaram sobre a mente argentina com toda a força e carga dramática que surge dos processos de expressão do reprimido

com a legalização e uma abertura a todos os partidos e discursos políticos, uma autêntica “transição até a democracia”, apesar de ser também uma transição condicionada a negociações e acordos com setores militares enormemente debilitados, mas que queriam garantir alguma forma de guarda-chuva legal que os abrigasse e não o prestigioso “Juízo da História”, mas sim terrenos futuros de juízos criminais generalizados, e vão se

configurando figuras legais, como a da “obediência devida”, que dividia responsabilidades entre os quadros superiores e inferiores das Forças Armadas, e anos depois o ignominioso “Ponto Final”, o que, para os filhos dos desaparecidos, não representa mais do que uma brincadeira para sua condição de órfãos.

A TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA (INÍCIO DA JUSTIÇA TRANSICIONAL E O DIREITO À MEMÓRIA)

A crise econômica do início dos anos oitenta e a nova dívida externa contraída, em muitos casos de forma espúria e especulativa, somaram-se à derrota militar e a uma sensação generalizada de “e agora?”. Um grande líder político e o apoio de um partido democrático representativo e suficientemente fortalecido com um enorme número de novos simpatizantes de todas as classes sociais redescobrimo os valores reais de uma democracia que havia sido reduzida a formalidades vazias e instituições esclerosadas abriram para a Argentina uma nova etapa. O novo líder carismático do Partido Radical começava a ocupar um lugar privilegiado no cenário político agitado, mas cheio de expectativas: Raúl Alfonsín e seu movimento de Renovação Radical. A intuição de um líder carismático lhe permite sempre encontrar o discurso e os símbolos mais apropriados para suas metas: Raúl Alfonsín se apresentou como o defensor de um movimento que proclamava a “renovação restauradora da democracia e da legalidade”, representada por sua permanente alusão à Constituição Nacional. Uma espécie de bíblia secular para a restauração do regime democrático: a lei acima de tudo, como advogado, a lei não representava para Alfonsín apenas um instrumento, e sim um valor, um princípio normativo e orientador da vida pública. Em suas mãos, fazendo campanha eleitoral com a Constituição, este assumia o papel de um símbolo todo-poderoso que poderia resumir todos os valores democráticos que exigia a cidadania: igualdade perante a Justiça, respeito, liberdade e inclusão social. Talvez tenha exagerado ao afirmar que “com a democracia se educa, se come, se faz justiça e até se abrem as portas das fábricas”. Já no governo, essa extrapolação exagerada do regime político a todas as ordens da sociedade foi rapidamente limitada pelas exigências das leis e dos interesses econômicos, porém, conseguiu instalar no imaginário do povo argentino valores e demandas fortíssimas de respeito à democracia, à legalidade e às liberdades civis. Fica claro que a igualdade não se instala apenas com a lei ou com a liberdade, mas às vezes *contra a lei e a liberdade*, e as terríveis experiências de algumas ditaduras comunistas do século XX não deixam margem a dúvidas. A oposição entre liberdade e igualdade parece ainda não ter encontrado respostas justas nem viáveis.

Podemos dizer que a “primavera democrática” do primeiro ano de governo (1984) parecia abrir “mil flores” para uma etapa de autêntica transição a uma sociedade solidamente democrática. O governo teve o privilégio de viver ao lado do presidente as ameaças e os riscos permanentes que acompanharam sua presidência durante quase seis anos. Porém, a realidade, sobretudo o desconhecimento ou o mau manejo da política econômica, cobrou seu preço por meio da inflação e de greves por parte do sindicalismo peronista, que não aceitava ter perdido a maioria eleitoral e os tradicionais favores do Estado nos regimes peronistas. O governo radical de Alfonsín descobriu que podia ganhar a simpatia popular, porém não as rédeas do poder político, assediado pelos grandes interesses econômicos, por um sindicalismo opositor violento (13 greves gerais em cinco anos) e pelas permanentes pressões militares, temerosas dos julgamentos por violação aos direitos humanos nos anos de ditadura. Todos sabemos como terminou essa experiência de governo autenticamente democrática no final de 1989, porém, não é esse o tema deste artigo, de modo que voltarei aos famosos julgamentos das Juntas Militares, que constituem um dos marcos mais notáveis da história política argentina e latino-americana.

A Argentina viveu um dos processos de Terrorismo de Estado mais violentos e sanguinários da América do Sul. A justiça transicional começou a tomar forma institucional com o julgamento das Juntas Militares no governo de Alfonsín, em meados dos anos oitenta. O apoio massivo diante da figura do novo presidente, que havia feito sua campanha presidencial empunhando um exemplar da Constituição como se fosse o braço da justiça e da democracia, deu forças ao novo governo para iniciar uma autêntica cruzada civil em busca da verdade e da justiça para as dezenas de milhares de desaparecidos. Toda a sociedade apoiou os julgamentos: as manchetes dos jornais e os programas de televisão se encheram de cenas de um tribunal civil com a presença de público (vítimas, sobreviventes, testemunhas, amigos, simpatizantes etc.).- A “violência mansa” da Justiça, das mães e avós da Plaza de Mayo, que agora finalmente chegavam com seus lenços brancos aos tribunais, às manchetes dos jornais e aos programas de televisão, assim como as declarações desgarradas das vítimas e dos sobreviventes, se opunha às imagens anteriores da violência selvagem na repressão militar. Os juízes e advogados, invocando a lei, substituíram os fuzis, os tanques, a cor parda do uniforme militar, os gritos e as ordens imperativas. A transparência dos tribunais substituiu a obscuridade da noite em que operavam os “grupos de tarefas”; os calabouços, os gritos de dor dos torturados e o anonimato dos torturadores encapuzados. Todas essas imagens foram implantadas como representações indelévels na memória coletiva dos argentinos.

Talvez uma diferença central entre a classe de justiça transicional realizada no Brasil e a realizada na Argentina baseia-se em que, enquanto no primeiro, todos os dispositivos legais foram centralizados quase que exclusivamente na figura das vítimas e na “anistia” das mesmas, na Argentina, o cenário cobriu de forma dramática e equilibrada não apenas a presença das vítimas,

mas também a dos criminosos, sujeitos ao escárnio da televisão e à exposição pública, à imprensa internacional, ao “escracho” (zombaria pública) e, finalmente, à prisão. Isso explica as diferenças de significado que sugere o termo “anistia” entre os brasileiros e os falantes de espanhol, já que o governo de Menem – posterior a Alfonsín – resolveu outorgar uma ampla anistia aos militares condenados, gerando, assim, um permanente estado de indefinição legal, dependendo das posições particulares de cada um dos sucessivos governos. Ainda hoje, depois de um quarto de século desde a realização dos julgamentos, seguem-se processos imprescritíveis pelo sequestro de crianças de filhos de desaparecidos.

Hoje, finalmente podemos afirmar que os milhares de desaparecidos foram incorporados como uma presença na memória coletiva. Foram assumidos e *incluídos* como figuras simbólicas nas mentes, nos livros de história, em monumentos, em muitíssimos temas de investigação e teses e ainda nos discursos do governo peronista atual (2003-2010). Podemos dizer que a justiça já superou a etapa “transicional”, para instalar-se junto ao direito à memória como um valor universal dentro do discurso e das práticas de uma democracia que, sem dúvida, sempre deve ser considerada transicional, ou seja, em transição a formas mais justas e radicais de democracia.

Quero terminar minha apresentação recordando as palavras orientadoras inscritas entre as fotos e as celas dos reclusos, dos torturados e dos assassinados que se encontram no Museu do Apartheid da África do Sul: “*Democracia, Igualdade, Reconciliação, Diversidade, Responsabilidade, Respeito, Liberdade.*” Museu do Apartheid / África do Sul.

EDUARDO ANDRÉS VIZER

Doutor em Sociologia, Professor da Visitante da Universidade Federal da Integração Latino-americana (UNILA). Professor Consultor do Instituto Gino Germani. Fundador do curso de Ciências da Comunicação, Universidade de Buenos Aires (UBA). Coordenador. Epist. e Teoria do Conhecimento: Mestre em Est. Soc. e Cult., Universidade Nacional de La Pampa. Professor Visitante em universidades dos Estados Unidos, Canadá e Europa. Avaliador Pós-Graduado CONEAU, SECYT, avaliador de Comunicação do Departamento da Universidade de Massachussets (UMASS-USA). Ex Membro do Programa Fulbright, Internationes (Alemanha), ICCS de Ottawa, Canadá. Livro mais importante: “La trama (in) visible de la vida social: comunicación, sentido y realidad”. 2ª. Ed. 2006, próxima edição em português. 8 livros publicados.



O DESAPARECIMENTO FORÇADO COMO UMA PRÁTICA SISTEMÁTICA DE ESTADO NAS DITADURAS NA AMÉRICA LATINA: UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE O PAPEL DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Amarilis Busch Tavares

Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental em exercício na Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e mestra em Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos pela Universidade de Genebra (Suíça)

INTRODUÇÃO

Este trabalho irá abordar o fenômeno dos desaparecimentos forçados na América Latina e a sua sistematização enquanto uma prática desenvolvida por regimes militares na região a partir da década de 1960. O trabalho focará no papel do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – em especial da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte) e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão) – na resposta a essa prática. Serão identificadas as principais contribuições da jurisprudência desenvolvida por esses órgãos em casos de desaparecimentos forçados, bem como suas limitações. Finalmente, o documento irá demonstrar que a codificação do delito de desaparecimento forçado como tal só se tornou possível a partir da década de 1990, quando mudanças institucionais na região possibilitaram a substituição das ditaduras por democracias.

O DESAPARECIMENTO FORÇADO COMO UMA PRÁTICA DESENVOLVIDA PELOS GOVERNOS DITATORIAIS NA AMÉRICA LATINA

A prática do desaparecimento forçado desenvolvida na América Latina na década de 1960 coincidiu com a militarização dos Estados na região¹. O método, como tal, foi instituído na Guatemala, entre 1963 e 1966, já tendo então suas principais características delineadas: a completa submissão psicológica da comunidade como um todo, uma atmosfera de terror generalizado e a absoluta impunidade de perpetradores que violaram as mais elementares regras de direitos humanos².

Desde então, o fenômeno do desaparecimento se espalhou para quase todos os países latino-americanos, incluindo El Salvador, Chile, Uruguai, Argentina, Brasil, Colômbia, Peru, Honduras, Bolívia, Haiti e México. A Guatemala mantém-se, no entanto, como o exemplo mais grave em termos de números e de porcentual da população que sofreu com esse abuso.

O primeiro desaparecimento forçado em larga escala ocorreu na Guatemala em 1966, quando forças do governo entraram em combate contra um nascente movimento revolucionário, o Partido Comunista da Guatemala. Vinte e oito membros do partido foram sequestrados por várias patrulhas militares. Nos anos seguintes, os desaparecimentos se tornaram uma importante ferramenta governamental de repressão. Segundo a Anistia Internacional (AI), milhares de pessoas desapareceram entre os anos 1970 e 1974 no país. O pior período, no entanto, foi no final da década de 1970 e início dos anos 1980, quando a insurgência estava no seu auge. A Comissão para o Esclarecimento Histórico da Guatemala registrou informações que sugerem que mais de 200 mil pessoas foram vítimas de desaparecimento e de execução extrajudicial no país³.

Da mesma forma, durante o período da ditadura militar argentina (1967-1983), milhares de pessoas foram sequestradas pelas forças de segurança e “desaparecidas”. A Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas, implementada em 1983 pelo novo governo civil, informou que havia,

1 Observe-se que os desaparecimentos forçados não são uma característica exclusiva de ditaduras militares, uma vez que a prática também foi desenvolvida em países como México, Colômbia e Peru, que possuíam governos civis democraticamente eleitos. A.L.M.Theissen “La Desaparición Forzada de Personas en América Latina” (KO’AGA ROÑE’ETA se.vii, 1998) < www.derechos.org/koaga/vii/molina.html > . Acesso em 15 de abril de 2011.

2 A. L. M.Theissen “La Desaparición Forzada de Personas en América Latina” (KO’AGA ROÑE’ETA se.vii, 1998) < www.derechos.org/koaga/vii/molina.html > . Acesso em 15 de abril de 2011.

3 Amnesty International, “Disappearances” in Guatemala: Briefing the UN Committee against Torture’ (Report) (Novembro de 2000) AI Index AMR 4/44/00.

na época, 8.960 casos de desaparecimento. No Chile, centenas de desaparecimentos também ocorreram durante o regime do general Pinochet (1973-1990)⁴.

No Brasil, durante o regime militar (1964-1985), torturas, execuções extrajudiciais e desaparecimentos foram cometidos contra os opositores políticos pelas forças de segurança. Segundo a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, instaurada no país em 1995, aproximadamente 50 mil pessoas teriam sido presas nos primeiros meses da ditadura e 10 mil teriam vivido no exílio. Além disso, 130 pessoas foram expulsas do país; 4.862 pessoas tiveram seus mandatos e direitos políticos suspensos⁵; cerca de 20 mil presos foram torturados; 354 pessoas foram mortas ou estão desaparecidas; e centenas de camponeses foram assassinados⁶.

Embora distintos entre si, em alguns aspectos de menor importância, os métodos de desaparecimento desenvolvidos em países latino-americanos compartilham características comuns: (i) são parte do trabalho desenvolvido pela inteligência militar; (ii) têm sua prática centralizada e gerida pelo topo da estrutura hierárquica militar, sendo implantada de maneira *top-down* para a base por meio de um aparelho de inteligência; (iii) são clandestinos, desenvolvendo uma estrutura que inclui grupos operativos, centros de detenção secretos, veículos, métodos de disfarce, armas e até médicos e psiquiatras, que contribuem durante a fase de inquérito; e, finalmente, (iv) desenvolvem uma campanha de manipulação psicológica a fim de impor a sua aceitação social e garantir a impunidade.⁷

O RECONHECIMENTO DO CARÁTER SISTEMÁTICO DOS DESAPARECIMENTOS

Como demonstrado, as decisões sobre os desaparecimentos tendiam a ser centralizadas, uma vez que a capacidade de usar as forças de segurança para raptar e deter clandestinamente um grande número de indivíduos requeria um elevado nível de coordenação⁸. Ao longo dos anos, essa informação veio à tona para refutar as alegações de governos de que vários desaparecimentos foram realizados por grupos obscuros de esquerda e de direita, provando assim que a política de “desaparecer” os opositores políticos foi uma estratégia governamental deliberada e sistemática⁹.

4 Amnesty International, 'Crime without Punishment: Impunity in Latin America' (Report) (Novembro de 1996) AI Index AMR 01/08/96, 2-8.

5 Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, 'Direito à Memória e à Verdade'. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, Brasília, 2007, página 30.

6 Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, 'Papel cumprido e trabalho por fazer, 2006. Extrato do Livro Relatório' (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo V, anexo 2, folha 2762).

7 A. L. M. Theissen (n 2) 5.

8 E. L. Lutz and K. Sikkink, 'International Human Rights Law and Practice in Latin America', (2000) International Organization, 633-659, 639.

9 Amnesty International (n 3) 8.

Organizações não governamentais e organizações internacionais

Diversas organizações não governamentais (ONGs) e organizações internacionais (OIs) envolvidas na proteção dos direitos humanos demonstraram grande preocupação com as dimensões dos desaparecimentos em países da América Latina. A AI, por exemplo, apresentou provas de que os desaparecimentos que ocorreram na Argentina após o golpe militar faziam parte de uma política concertada do governo, por meio da qual as autoridades sequestravam adversários políticos e os levavam a centros de detenção secretos, nos quais eram torturados, interrogados e assassinados, e seus restos mortais secretamente eliminados¹⁰.

Em 1978, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Resolução 33/173 sobre Pessoas Desaparecidas, na qual manifestou sua preocupação com “relatórios de várias partes do mundo relacionados com o desaparecimento forçado ou involuntário de pessoas como resultado de excessos por parte de autoridades de segurança ou de imposição da lei ou organizações similares¹¹”. Além disso, a organização apelou aos governos que investigassem e punissem os responsáveis por desaparecimentos, convidando a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos para tratar do assunto. Posteriormente, a Comissão criou o Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados.

Em seu primeiro relatório, em 1981, o Grupo de Trabalho informou que havia recebido informações sobre cerca de 11 mil a 13 mil casos de desaparecimento em quinze países, dez deles situados na América Latina: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, El Salvador, Guatemala, México, Nicarágua, Peru e Uruguai¹².

Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos não se manteve ausente em relação a esse fenômeno. Vários relatórios elaborados pela Comissão confirmam o caráter sistemático e generalizado do desaparecimento na América Latina. No Relatório Anual de 1976, a Comissão afirmou que o crescente número de casos de “pessoas desaparecidas” era um motivo de grande preocupação e exigia atenção especial. A Comissão recomendou que “todas as medidas [fossem] tomadas para evitar que as forças de segurança ou outras autoridades [prendessem] ou [detivessem]

10 Amnesty International, 1981 *Annual Report* (1981).

11 “...reports from various parts of the world relating to enforced or involuntary disappearance of persons as a result of excesses on the part of law enforcement or security authorities or similar organizations”. UNGA “Disappeared Persons” (1978), 33/171.

12 ECOSOC (Commission on Human Rights) ‘Question of Human Rights of all persons Subjected to any Form of Detention or Imprisonment, in Particular: Question of Missing and Disappeared Persons: Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances’ (1981) UN Doc E/CN.4/1435.

No julgamento, a Corte verificou que desaparecimentos não eram fato novo na história de violações dos direitos humanos. No entanto, sua natureza sistemática e repetida e seu uso, tanto para “desaparecer” indivíduos quanto para criar um estado geral de angústia e medo, era sim um fenômeno novo.

peças sem o conhecimento das autoridades competentes e dos familiares do preso¹³”.

Além disso, afirmou que uma resolução da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) abordando essa questão deveria ser adotada, a fim de responder ao fato de que o paradeiro de centenas ou milhares de pessoas que foram presas por autoridades permanecia desconhecido para as partes interessadas¹⁴.

Os três primeiros casos sobre desaparecimentos forçados ouvidos pela Corte foram referentes a Honduras. No memorável caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, a vítima era um estudante envolvido em atividades consideradas, pelas autoridades hondurenhas, perigosas para a segurança nacional. Velásquez Rodríguez foi sequestrado em 1981, durante o dia, por homens armados em trajes civis,

que conduziam um veículo sem placas. Até o momento do julgamento, sete anos haviam decorrido desde o seu desaparecimento, o que gerou a presunção da morte da vítima.

No julgamento, a Corte verificou que desaparecimentos não eram fato novo na história de violações dos direitos humanos. No entanto, sua natureza sistemática e repetida e seu uso, tanto para “desaparecer” indivíduos quanto para criar um estado geral de angústia e medo, era sim um fenômeno novo. A Corte observou que essa prática tinha ocorrido com intensidade excepcional na América Latina.

A Corte constatou que, entre os anos 1981 e 1984, 100 a 150 pessoas desapareceram em Honduras. Os desaparecimentos seguiram um padrão semelhante, consistindo no sequestro da vítima, geralmente à luz do dia e em locais públicos, por homens armados em trajes civis, que atuavam com aparente impunidade, utilizando veículos sem identificação oficial, vidros escuros e placas falsas. Alegou ainda que era de conhecimento público e notório que os sequestros eram conduzidos por militares ou policiais, ou sob a sua égide. A Corte afirmou que os desaparecimentos eram realizados de forma sistemática¹⁵ e, portanto, concluiu que:

13 “That all measures be taken to prevent the security forces or other authorities from arresting and detaining persons without the knowledge of the competent authorities and of the relatives of the prisoner”. Organization of American States, ‘Inter-American Commission on Human Rights Annual Report 1976’ OEA/Ser.L/V/II40 (7 de junho de 1977), Part II, Recommendations.

14 Ibid.

15 *Velásquez Rodríguez Case (Judgment)* Inter-American Court of Human Rights Series C N° 4 (29 de julho de 1988), parágrafo 147.

... (1) uma prática de desaparecimentos cometidos ou tolerados pelas autoridades de Honduras existiu entre 1981 e 1984; (2) Manfredo Velásquez desapareceu nas mãos ou com a aquiescência desses funcionários no contexto dessa prática; e (3) o Governo de Honduras não foi capaz de garantir os direitos humanos afetados por essa prática¹⁶.

No caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, a vítima era líder de um grupo de professores e desapareceu em 1982. Suas atividades como líder sindical eram especialmente sujeitas à repressão oficial. A Corte seguiu o mesmo raciocínio adotado no caso *Velásquez Rodríguez* para provar a existência de uma prática sistemática governamental de desaparecimentos em Honduras¹⁷.

No caso *Fairén Garbi e Solís Corrales vs. Honduras*, as vítimas eram dois cidadãos da Costa Rica, que desapareceram em Honduras em 1981. A Corte chegou à mesma conclusão dos casos acima – que, no período em que esses eventos ocorreram, houve uma prática repressiva de desaparecimentos forçados por motivos políticos. No entanto, a Corte considerou que as provas eram insuficientes para relacionar o desaparecimento das vítimas à prática governamental de desaparecimentos¹⁸.

No recente caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, a Corte, baseada nos achados da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, reiterou que, nos três primeiros anos do governo Geisel (1974 a 1979), o desaparecimento de presos políticos, que anteriormente representava uma pequena parcela das mortes ocorridas, tornou-se a regra predominante para que não ficasse evidente a incompatibilidade entre o discurso de abertura adotado pelo regime militar e a elaboração contínua de notas oficiais falsas, que simulavam atropelamentos, tentativas de fuga e falsos suicídios¹⁹. Dessa forma, a partir de 1974, “oficialmente não houve mortes nas prisões, [t]odos os presos políticos mortos ‘desapareceram’” e “(...) o regime passou a não mais assumir o assassinato de opositores²⁰”.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O reconhecimento do caráter sistemático dos desaparecimentos forçados também teve um impacto sobre as regras relativas ao ônus da prova nos casos ouvidos pela Corte. Embora reconhecendo que a parte que faz a acusação deve, normalmente, arcar com o ônus da prova, a Corte acrescentou que essas normas eram menos formais em processos internacionais do que

16 “... (1) A practice of disappearances carried out or tolerated by Honduran officials existed between 1981 and 1984; (2) Manfredo Velásquez disappeared at the hands of or with the acquiescence of those officials within the framework of that practice; and (3) the Government of Honduras failed to guarantee the human rights affected by that practice.” Ibid, parágrafo 148.

17 *Godínez Cruz case* (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 5 (20 de Janeiro de 1989), parágrafo 156.

18 *Fairén Garbi and Solís Corrales case* (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 6 (15 de março de 1989).

19 *Caso Gomes Lund e outros* (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), Corte Interamericana de Direitos Humanos, Série C N° 219, parágrafo 86, citando Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (n 5), 49.

20 Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (n. 5), 49.

em nacionais.²¹ Casos envolvendo desaparecimentos cometidos por funcionários do Estado são situações clássicas em que o ônus da prova recai sobre o respectivo Estado.

Assim, no caso *Velásquez Rodríguez*, a Corte afirmou que os Estados controlam os meios para esclarecer os fatos ocorridos em seu território, controlando também, como consequência, todas as informações e provas.²² Além disso, enfatizou que a proteção dos direitos humanos difere da justiça penal, uma vez que o seu principal objetivo é proteger as vítimas e prever reparações – e não punir os culpados.²³ Nesse sentido, a Corte aceitou como prova o fato de que uma política de desaparecimentos existia em Honduras e que o desaparecimento de Velásquez era parte dessa política. Como o governo de Honduras não ofereceu evidências para refutar a alegação, a Corte considerou que o Estado era responsável pelo desaparecimento de Velásquez.²⁴

DESAPARECIMENTOS NÃO MENCIONADOS EXPRESSAMENTE NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O fenômeno dos desaparecimentos involuntários, como afirmado pela Corte em sua jurisprudência, é uma forma complexa de violação múltipla e continuada de vários direitos, que deve ser entendida de forma integral.²⁵ Essa caracterização pluriofensiva é consistente com outros conceitos definidos por diversos instrumentos internacionais que destacam como elementos cumulativos e constitutivos do desaparecimento forçado: (i) a privação da liberdade, (ii) a intervenção direta ou aquiescência de agentes estatais, e (iii) a negativa de reconhecer a detenção e revelar o destino ou o paradeiro da pessoa desaparecida²⁶.

Estados que são parte da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CADH)²⁷ têm a obrigação de respeitar e de garantir os direitos humanos por ela protegidos. Nesse contexto, é

21 H. van der Wilt and V. Krsticevic, "The OAS System and Human Rights", in R. Hanski and M. Suksi, *An Introduction to the International Protection of Human Rights* (Institute for Human Rights Abo Akademi University, Turku, 1999), 382.

22 *Velásquez Rodríguez* (n 15) parágrafo 135.

23 *Ibid* (134).

24 No entanto, deve-se notar que a existência de um padrão de desaparecimento não conduzirá, automaticamente, à responsabilização do Estado por tal desaparecimento, como demonstra o caso *Fairén Garbí and Solís Corrales vs. Honduras*.

25 Ver, por exemplo, parágrafo 155 do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (n. 15).

26 Caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (n 19), parágrafo 104.

27 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969).

importante notar que nem a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (DADH)²⁸ nem a CADH contêm disposições que abrangem o crime de desaparecimento como tal.

Essa falha aparente pode ser explicada por três argumentos: (i) no momento da elaboração da Declaração, em 1948, o desaparecimento forçado ainda não era um fenômeno que constituía um padrão nos Estados-membros, não merecendo, portanto, uma provisão específica sobre ele; (ii) no momento da elaboração da Convenção, em 1969, os Estados envolvidos na prática de desaparecimentos forçados não estavam dispostos a ter uma obrigação relativa ao impedimento dessa prática; e, finalmente, (iii) a percepção de que o fenômeno dos desaparecimentos forçados, por envolver múltiplas violações de diferentes direitos, seria mais bem tratado em sua totalidade, se subsumido nas violações desses direitos.

Independentemente das razões que poderiam ter levado a essa ausência, a Corte, ao analisar casos de desaparecimentos, tem invocado, de forma persistente, a violação dos artigos 4º (Direito à Vida)²⁹, 5º (Direito à Integridade Pessoal)³⁰ e 7º (Direito à Liberdade Pessoal)³¹ da CADH.

Quanto à violação do artigo 4º, a Corte afirmou que “a prática de desaparecimentos envolve, muitas vezes, a execução secreta sem julgamento, seguida de ocultação do corpo com o intuito de eliminar as provas materiais do crime e garantir a impunidade dos responsáveis”³², o que constitui uma flagrante violação do direito à vida.

Além disso, esse Tribunal Internacional reiterou que a detenção das vítimas é muitas vezes caracterizada por um:

28 Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, abril de 1948).

29 “1.Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” Ibid, § 1.

30 “1.Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” Ibid, art. 5º § 1 e 2º.

31 “1.Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou de outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. Ibid, art. 7º (1-5).

32 Velásquez Rodríguez (n. 15) 157. É importante notar aqui que o raciocínio de desaparecimentos forçados como uma violação dos artigos 4º, 5º e 7º da Convenção foi desenvolvido e aplicado a diversos casos subsequentes pela Corte.

... prolongado isolamento e privação da comunicação [que] são em si um tratamento cruel e desumano, danoso à integridade psíquica e moral da pessoa e uma violação do direito de qualquer detido de ser tratado com o devido respeito inerente ao ser humano³³.

A Corte ainda acrescenta que as pessoas que desaparecem são muitas vezes submetidas a tratamentos brutais, incluindo a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, portanto, violando o direito à integridade física consagrado no artigo 5º da Convenção.

A Corte considerou que a prática de desaparecimento forçado constitui uma violação do artigo 7º, uma vez que consiste, inicialmente, do sequestro de uma pessoa, que é uma privação arbitrária da liberdade. O ato de sequestro é por si só uma violação do direito do preso de ter acesso a um juiz, sem demora, e de recorrer aos procedimentos adequados para controlar a legalidade de sua prisão.

Além disso, na maioria dos casos em que a Corte considerou que houve uma violação dos artigos 4º, 5º e 7º da CADH, ela também concluiu que esses direitos devem ser interpretados em conjunto com o artigo 1º (1), que estabelece a obrigação dos Estados de respeitar os direitos humanos dos indivíduos e de garantir o pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção³⁴. No caso *Velásquez Rodríguez*, por exemplo, a Corte argumentou que, como os Estados assumiram a obrigação de respeitar os direitos protegidos pela Convenção, cada um desses direitos, quando violados, implicarão necessariamente a violação do artigo 1º (1).

A Corte considerou, assim, que, nos termos desse artigo, os Estados têm o dever de organizar a estrutura do governo de tal forma que eles possam assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Além disso, como consequência dessa obrigação “os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção”³⁵. A existência da prática de desaparecimentos, assim, “pressupõe a renúncia do dever de organizar o aparato estatal de modo a garantir os direitos reconhecidos pela Convenção”³⁶. Nesse contexto, é importante notar que uma obrigação significativa é assim estabelecida: o dever dos Estados de investigar casos relacionados a desaparecimentos.

33 “(...) prolonged isolation and deprivation of communication [which] are in themselves cruel and inhuman treatment, harmful to the psychological and moral integrity of the person and a violation of the right of any detainee to respect for his inherent dignity as a human being”. *Velásquez Rodríguez case* (n. 15) 156.

34 “1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.” Convenção Americana sobre Direitos Humanos (n. 27), art. 1º (1).

35 *Velásquez Rodríguez Case* (n. 15) 166.

36 “presupposes renunciation of the duty to organize the state apparatus in such a manner as to guarantee the rights recognized by the Convention”. *Fairén Garbí and Solís Corrales case* (n. 16) 152.

Além disso, é importante ressaltar que a Corte determinou que os desaparecimentos podem constituir, em certas circunstâncias, tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes em relação à família da pessoa desaparecida.³⁷ Essa prática, como reiterado pela Corte em diversos julgamentos, constitui uma afronta aos princípios essenciais em que se baseia o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e sua proibição alcançou o caráter de uma norma *ius cogens*.³⁸

DESAPARECIMENTO FORÇADO COMO UM CRIME CONTINUADO OU PERMANENTE

Uma importante evolução na jurisprudência interamericana em relação ao crime de desaparecimento forçado se deu a partir de 1998, com a decisão tomada no caso *Blake vs. Guatemala*, em que foram delineadas conclusões interessantes sobre o significado do tempo na consideração do crime.

Nicholas Blake, um cidadão dos Estados Unidos, era um jornalista residente na Guatemala que escrevia artigos sobre a guerra civil nesse país. Em 1985, ele foi levado por membros da Patrulha de Autodefesa Civil para um lugar no qual foi executado. Seu corpo foi jogado numa vala e coberto com troncos de árvores e, posteriormente, queimado e enterrado. Ele permaneceu desaparecido até 1992, quando seus restos mortais foram descobertos³⁹.

Nas exceções preliminares, em 1996, o governo da Guatemala invocou a incompetência *ratione temporis* da Corte: o país alegou que havia aceitado a jurisdição da Corte apenas em 1987, ao passo que os eventos do caso ocorreram em 1985⁴⁰. A Corte decidiu que os atos de privação de liberdade de Blake e seu assassinato foram concluídos em 1985 e que esses atos não poderiam, por si só, ser considerados de natureza continuada, sendo, portanto, incompetente para se pronunciar sobre a responsabilidade do governo da Guatemala sobre eles. No entanto, a Corte afirmou que, apesar

37 No caso *Blake vs. Honduras*, que será ainda examinado, a Corte afirmou que o desaparecimento da vítima viola diretamente a integridade mental e moral de seus familiares. A Corte acrescentou que “as circunstâncias de tais desaparecimentos geram sofrimento e angústia, além de um sentimento de insegurança, frustração e impotência diante do fracasso das autoridades públicas em investigar” “*the circumstances of such disappearances generate suffering and anguish, in addition to a sense of insecurity, frustration and impotence in the face of the public authorities’ failure to investigate*”. *Blake case* (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 27 (24 de janeiro de 1998), parágrafo 114.

38 Normas *ius cogens*, de acordo com o artigo 53° da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, são (i) normas de Direito Internacional geral; (ii) aceitas e reconhecidas pela comunidade de Estados como um todo; (iii) das quais a derrogação não é permitida; e (iv) qualquer modificação só é possível quando emergir outra norma *ius cogens* de mesma natureza. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (adotada em 23 de maio de 1969, entrada em vigor em 27 de janeiro de 1980), art. 53°.

39 *Blake case* (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 27 (24 de janeiro de 1998), parágrafo 52.

40 Como será analisado adiante, a Corte só poderá examinar as comunicações individuais caso os Estados-partes envolvidos tenham reconhecido a competência da Corte para o exercício da jurisdição contenciosa. Além disso, para que sejam submetidos à jurisdição da Corte, os Estados devem ter ratificado a CADH. H. van der Wilt and V. Krsticevic (n 21) 373.

de alguns atos terem sido concluídos, seus efeitos poderiam ser considerados como continuados até ao momento em que o destino ou paradeiro das vítimas fosse determinado⁴¹.

No caso Blake, a Corte aceitou os argumentos da Comissão de que, embora a morte da vítima fosse de conhecimento das autoridades ou agentes, seus familiares não haviam sido informados, apesar dos inúmeros esforços empenhados para descobrir o seu paradeiro. Além disso, tentativas foram feitas para eliminar os restos mortais da vítima⁴². Na realidade, o governo da Guatemala tinha informações suficientes para identificar os autores e localizar os restos mortais do Sr. Blake em 1988, mas se recusou a ajudar seus familiares.

A caracterização do crime de desaparecimento forçado como um crime continuado ou permanente constitui um avanço na jurisprudência da Corte, uma vez que lhe permite ouvir casos que poderiam ser considerados fora de sua competência *ratione temporis*. Esse avanço certamente contribui para a diminuição da impunidade em casos de desaparecimentos.

Além de ampliar o âmbito dos casos relativos a desaparecimentos forçados que pudessem ser admissíveis perante a Corte, essa evolução impôs obrigações mais estritas aos Estados-partes em relação ao seu dever de investigar e colaborar, já que o estabelecimento do paradeiro da vítima depende em grande parte da cooperação do Estado, tendo também um impacto direto sobre os familiares da pessoa desaparecida. Esse raciocínio é, portanto, de grande importância para as vítimas, seus parentes e aqueles que lutaram para a cessação do crime de desaparecimento⁴³.

A FRAGMENTAÇÃO INDEVIDA DO CRIME DE DESAPARECIMENTO FORÇADO: VOTO SEPARADO DO JUIZ CANÇADO TRINDADE

É interessante notar que o juiz Cançado Trindade, em seu voto separado, expressou grande preocupação em relação à limitação *ratione temporis* levantada no caso Blake e a seu impacto sobre a fragmentação do crime de desaparecimento:

Resta-me manifestar a esperança de que, talvez, com o desenvolvimento gradual da conceituação, e uma sólida construção jurisprudencial, do delito de desaparecimento

41 *Blake case (Preliminary Objections)* Inter-American Court of Human Rights Series C N° 27 (2 de julho de 1996), parágrafos 33 e 39. É importante observar que a Corte construiu esse argumento fazendo referência à Declaração das Nações Unidas sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 18 dezembro de 1992 – que foi posteriormente adotada como uma convenção em 20 de Dezembro de 2006 – e da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 09 de junho de 1994. Esta última convenção será discutida adiante com mais detalhes.

42 *Ibid.*, 34.

43 Como brevemente discutido, os desaparecimentos podem constituir tortura ou infligir tratamento cruel, desumano ou degradante às famílias da pessoa desaparecida, especialmente em situações em que os governos se recusam a investigar e colaborar.

forçado de pessoas (...) num futuro próximo, não será mais possível compartimentalizar ou introduzir separações artificiais entre os seus vários componentes. O dia esse em que esse grau de evolução da matéria for alcançado, qualquer exceção preliminar que implique em desvincular a prisão e morte de uma pessoa da análise de violações continuadas e adicionais de direitos conexos deverá ser descartada como não fundamentada⁴⁴.

O CASO TRUJILLO OROZA VS. BOLÍVIA

Em 2000, na sentença do caso Oroza Trujillo vs. Bolívia, as expectativas do juiz Cançado Trindade foram alcançadas, marcando uma mudança evolutiva na jurisprudência da Corte. Nesse caso, a vítima era um estudante que havia desaparecido na Bolívia, em 1972, ao passo que o país tinha reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte apenas em 1993⁴⁵.

A Corte, diferentemente da jurisprudência estabelecida no caso Blake, considerou o desaparecimento forçado da vítima em sua integralidade. Esse avanço foi possível devido à postura positiva por parte do governo da Bolívia, que reconheceu formalmente os fatos que ocorreram desde 1972 e sua responsabilidade sobre eles. Dessa forma, a Corte pôde tratar de todas as consequências jurídicas dos atos, consolidando a classificação⁴⁶ do fenômeno dos desaparecimentos forçados como um crime continuado ou permanente⁴⁷.

LIMITAÇÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO NA RESPOSTA AOS DESAPARECIMENTOS FORÇADOS

Como demonstrado, o caráter sistemático e generalizado do desaparecimento na América Latina durante os anos da ditadura militar foi claramente estabelecido e reconhecido pelo Sistema

44 *Blake case* (n 41) Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, parágrafo 15.

45 *Trujillo Oroza case* (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 92 (26 de janeiro de 2000), parágrafos 2 e 3.

46 Favor observar que a classificação ou codificação do crime de desaparecimento forçado, como tal, será tratada em mais detalhes adiante.

47 *Trujillo Oroza vs. Bolivia* (Reparations) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 92 (27 fevereiro de 2002) Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, parágrafo 21. Embora as reparações não sejam o foco deste artigo, é importante notar que o fato de os desaparecimentos forçados serem considerados um crime continuado também traz um grande impacto sobre as indenizações a serem pagas pelo Estado infrator às vítimas. No caso de Trujillo Oroza vs. Bolívia, por exemplo, os danos patrimoniais, como a cessão dos rendimentos da vítima, e danos morais causados a seus familiares mais próximos foram calculados tendo como referência o ano de início da violação, 1972. *Trojillo Oroza vs. Bolivia* (Reparations) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 92 (27 de fevereiro de 2002).

Interamericano, além de OIs e ONGs. Nesse contexto, é surpreendente que a Corte tenha ouvido tão poucos casos de desaparecimento forçado⁴⁸. Assim, pode-se argumentar que a quantidade de processos julgados pela Corte não é representativa da realidade dos regimes militares na América Latina.

No entanto, deve-se levar em consideração que o baixo número de casos que a Corte ouviu não a impediu de estabelecer uma importante jurisprudência que identificou e condenou com severidade os crimes perpetrados. Além disso, a Comissão, juntamente com a Corte, desempenhou um papel muito importante nos casos de desaparecimentos e sua significância não deve ser subestimada ao se considerar a resposta do Sistema Interamericano a esse fenômeno.

Na realidade, a Comissão tem lidado de forma extensiva com o problema dos desaparecimentos forçados em seus relatórios sobre as normas de direitos humanos em diversos países e em seus relatórios anuais enviados à Assembleia Geral da OEA. Portanto, as limitações do desempenho da Corte em lidar com casos de desaparecimento podem ser compensadas por ações da Comissão e vice-versa.

AMEAÇAS À VIDA DOS ADVOGADOS QUE REPRESENTAM VÍTIMAS E FAMILIARES E A AUSÊNCIA DE MEDIDAS EFICAZES DE PROTEÇÃO DAS TESTEMUNHAS

Durante os primeiros casos ouvidos pela Corte, houve uma grande preocupação com a segurança das vítimas, de seus advogados, dos juízes envolvidos no caso e das testemunhas. Esse medo teve um grande impacto no número de processos julgados pela Corte. No caso de Velásquez Rodríguez, por exemplo, o juiz hondurenho teve que aceitar proteção especial, já que foi continuamente alvo de ameaças de morte.

Advogados também foram alvos de intimidações e muitos deles foram assassinados porque criticavam as práticas repressivas de seus governos. No caso Castillo Páez vs. Peru, o advogado que aceitou ajudar os parentes da vítima recebeu um pacote de explosivos, o que resultou na amputação de seu braço esquerdo, explosão de tímpanos e queimaduras

48 Até 2003, a Corte tinha ouvido apenas 20 casos de desaparecimento forçado. G.Citroni, “Desaparición Forzada de Personas”: Desarrollo del Fenómeno y Respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’ (2003) Anuario de Derecho Internacional XIX, 380.

graves. Ele foi forçado a deixar o caso e a se mudar para a Suécia. O advogado que o substituiu foi assassinado⁴⁹.

Testemunhas e vítimas têm sido constantemente intimidadas e ameaçadas de morte durante e após sua participação no processo perante a Corte. Nos casos Velásquez Rodríguez e Garbi e Corrales, a Corte, nos termos do artigo 63º (2)⁵⁰ da CADH, publicou uma medida provisória após o assassinato de quatro testemunhas e ameaças de morte a duas delas, exigindo que o governo de Honduras tomasse medidas contra ameaças a testemunhas e investigasse esses crimes⁵¹.

O sistema de medidas provisórias da Corte, no entanto, carrega em seu conceito uma limitação muito importante: o dever de proteger as testemunhas é colocado nas mãos do Estado violador, ou seja, do mesmo Estado envolvido na perseguição ou assassinato de pessoas dispostas a testemunhar contra ele.

Algumas dessas dificuldades poderiam ser contornadas usando-se o generoso direito de petição da Comissão. De acordo com o artigo 23º de seu Regulamento, qualquer pessoa, grupo de pessoas ou ONG, independentemente de o peticionário ser vítima ou não, pode apresentar petições à Comissão. Esse é um aspecto particularmente importante em situações em que as vítimas são ameaçadas ao apresentar, elas próprias, denúncias ou queixas. O problema em relação à Comissão, como será discutido a seguir, é o fato de que os Estados não consideram suas recomendações vinculantes⁵².

49 Ibid, 379.

50 “2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão. American Convention on Human Rights (n 22), art. 63 (2). Fairén Garbi and Solís Corrales case (n 18) 152.

51 *Caso Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz* (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) Inter-American Court of Human Rights (19 de janeiro de 1998).

52 H. van der Wilt and V. Krsticevic (n 21) 375-377.

LEIS DE ANISTIA

Leis de anistia contribuem sobremaneira para a impunidade, no nível nacional, de violações de direitos humanos ocorridas durante regimes militares. Em vários países, como no Brasil⁵³ e no Chile⁵⁴, em 1979, em El Salvador⁵⁵, em 1983, e no Uruguai⁵⁶, em 1986, leis de anistia promulgadas permitiram que as forças de segurança responsáveis pelos desaparecimentos e outros crimes não fossem punidas durante o período em que essas leis estiveram em vigor e produziram efeitos legais.

Na Argentina, as investigações sobre os abusos de direitos humanos cometidos foram encerradas após a aprovação da Lei de Ponto Final (*Punto Final*), em 1986, que fixou um prazo para que os tribunais concluíssem as investigações sobre os crimes cometidos durante a ditadura. A Lei de Obediência Devida, de 1997, que instruiu os juízes a aplicar o princípio da “obediência devida” a todos os oficiais cuja patente era inferior a de coronel e a encerrar processos pendentes contra eles, e os perdões presidenciais de 1989 de 2000 também impediram, até a revogação de tais leis em 2005, que os responsáveis fossem levados à Justiça⁵⁷.

Como será demonstrado, a aprovação de leis de anistia é prejudicial para a busca da verdade e da justiça no âmbito dos Estados envolvidos. No nível regional, as anistias são condenadas pela Corte e pela Comissão, uma vez que são incompatíveis com a CADH e a DAHR.

No caso *Consuelo et al vs. Argentina*, de 1993, a Comissão concluiu que a Lei de Ponto Final e a Lei de Obediência Devida promulgadas na Argentina constituíam uma violação ao artigo XVIII (direito à justiça) da DADH e aos artigos 1º (obrigação de respeitar os direitos), 8º (garantias judiciais) e 15 (direito de reunião) da CADH⁵⁸. Posteriormente, em 2002, a Comissão emitiu uma

53 Como será discutido abaixo, a lei de anistia brasileira ainda permanece em vigor, produzindo, portanto, efeitos legais.

54 Em 2004, a Corte Suprema de Justiça do Chile concluiu que as anistias relacionadas a desaparecimentos forçados abrangeriam somente um determinado espaço temporal e não todo o lapso de duração do desaparecimento forçado ou seus efeitos. *Decisão do Plenário a respeito da instância que examinará a aplicação da Lei de Anistia no caso do sequestro do mirista Miguel Ángel Sandoval*, Corte Suprema de Justiça do Chile, Caso 2477 (17 de novembro de 2004). Em um caso mais recente, a Suprema Corte anulou a sentença absoluta anterior e invalidou a aplicação da anistia chilena prevista, por meio de uma sentença de substituição, afirmando que o delito de sequestro constitui crime contra a humanidade, não cabendo, portanto, invocar a anistia como causa extintiva da responsabilidade penal. *Caso de Claudio Abdon Lecaros Carrasco pelo delito de sequestro agravado*, Corte Suprema de Justiça do Chile, Rol N°. 47.205, Recurso N°. 3302/2009, Resolução 16698, Sentença de Apelação, e Resolução 16699, Sentença de Substituição (18 de maio de 2010).

55 Em 2009, a Suprema Corte de Justiça do Uruguai declarou que a Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado a Respeito dos Delitos Cometidos até 1º de Março de 1985 era inconstitucional porque o poder legislativo havia excedido o marco constitucional ao conceder anistias e declarar a caducidade de ações penais. *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, Suprema Corte de Justiça do Uruguai Sentença N°. 365/09, (19 de outubro de 2009), parágrafos 8 e 9.

56 Em 2007, na sentença de Mérito do caso Santiago Martín Rivas, o Tribunal Constitucional do Peru considerou que as leis de anistia então em vigor no país eram nulas e careciam de efeitos jurídicos, considerando nulas também as resoluções judiciais expedidas com o fim de garantir a impunidade a violações de direitos humanos cometidas por agentes estatais. *Caso Santiago Martín Rivas*, (Recurso de agravo constitucional, Sentença), Tribunal Constitucional do Peru, Expediente 679-2005-PA/TC, (2 de março de 2007), parágrafo 60.

57 Amnesty International (n 4) 1-29.

58 *Consuelo et al. vs. Argentina*, Inter-American Commission of Human Rights Nos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309, 10.311 (2 de outubro 1992) parágrafo operativo 1.

resolução na qual afirmou que as leis aprovadas pela Argentina eram uma violação ao artigo 25º (proteção judicial) e ao artigo 8º (garantias judiciais) da CADH⁵⁹.

Além disso, a Corte, no caso de *Barrios Altos vs. Peru*, afirmou que as leis de anistia peruanas eram incompatíveis com a CADH e que, portanto, não possuíam efeito legal:

Todas as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de medidas destinadas a eliminar a responsabilidade são inadmissíveis, porque se destinam a impedir a investigação e a punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, como tortura, execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias e desaparecimento forçado, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos⁶⁰.

Ainda, no pedido da Comissão de interpretação da sentença, a Corte concluiu que a promulgação de uma lei que é incompatível com os direitos protegidos pela Convenção é, por si só, uma violação à Convenção, incorrendo em responsabilidade internacional do Estado. A Corte concluiu que os efeitos da decisão no caso *Barrios Altos* são genéricos, isto é, que o alcance da incompatibilidade é geral, sendo, portanto, aplicável também a outros casos⁶¹.

Diversos tribunais e organismos internacionais se pronunciaram nesse mesmo sentido, afirmando que anistias e outras medidas análogas contribuem para a impunidade, sendo um grave obstáculo para a efetivação do direito à memória e à verdade, pois impedem uma investigação aprofundada sobre violações passadas cometidas pelos Estados. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, por exemplo, ao discorrer sobre o falso dilema entre paz ou reconciliação e justiça, afirmou que “[a]s anistias que eximem de sanção penal os responsáveis por crimes atrozes, na esperança de garantir a paz, costumam fracassar na consecução de seu objetivo, e, em vez disso, incentivam seus beneficiários a cometer novos crimes⁶²”.

59 Amnesty International (n 4) 1. No caso de *Carmen Aguiar Lapacó vs. Argentina*, por exemplo, a Corte Federal argentina negou provas e informações sobre as circunstâncias do desaparecimento da filha do requerente, alegando que as provas “se disponibilizadas, enfraqueceriam as disposições do ‘Punto Final’ e as leis de Obediência Devida, levando a Corte a correr o risco de cometer uma dupla penalização indevida, afetando o princípio de *non bis in idem*. “*if made available would weaken the provisions of the ‘punto final’ and due obedience laws and run the risk of committing undue double jeopardy, thus affecting the principle of non bis in idem*.” *Carmen Aguiar de Lapacó vs. Argentina*, Inter-American Commission of Human Rights N.º. 12.059 (4 de maio de 1999) parágrafo 44. O caso não foi levado à Corte porque as partes acordaram uma solução pacífica em que a Argentina, entre outros, aceitou o direito à verdade e colaborar com as investigações sobre o paradeiro de pessoas desaparecidas. *Carmen Aguiar de Lapacó vs. Argentina*, Inter-American Commission of Human Rights No. 12.059 (29 de fevereiro de 2000) parágrafo 17.

60 *Barrios Altos case (Judgment)* Inter-American Court of Human Rights Series C N.º. 75 (14 de março de 2001), parágrafo 41.

61 *Barrios Altos case (Judgment)* Inter-American Court of Human Rights Series C N.º. 75 (3 de setembro de 2001), parágrafo 18 e parágrafo operativo 2.

62 “Amnesties that exempt from criminal sanction those responsible for atrocious crimes in the hope of securing peace have often failed to achieve their aim and have instead emboldened their beneficiaries to commit further crimes.” Office of the United Nations High Commission for Human Rights “Rule of Law Tools for Post Conflict States: Amnesties”, HR/PUB/09/1 (New York e Genebra, 2009), página V.

Da mesma forma, vários Estados-membros da OEA, por meio de suas supremas cortes, passaram a incorporar em seus instrumentos normativos os parâmetros desenvolvidos pela jurisprudência internacional⁶³. A Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina resolveu, por exemplo, no Caso Simón, transpor as conclusões da Corte Interamericana no caso Barrios Altos e declarar sem efeitos as leis de anistia que constituíam um obstáculo para a investigação, julgamento e eventual condenação por violações de direitos humanos:

[N] a medida em que [as anistias] se orientam ao “esquecimento” de graves violações dos direitos humanos, elas se opõem às disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e são, portanto, constitucionalmente intoleráveis⁶⁴.

Apesar de essa evolução jurisprudencial ter alcançado diversos países, é importante notar que leis de anistia editadas nos períodos ditatoriais ainda possuem efeitos legais em determinados sistemas normativos nacionais, como é o caso do Brasil. A Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos do Brasil, ao discorrer sobre o fato de que a Lei de Anistia 6.683/1979 está ainda em vigor no país, destacou que o Brasil

(...) é o único país do Cone Sul que não trilhou procedimentos [penais] para examinar as violações de Direitos Humanos ocorridas em seu período ditatorial, mesmo tendo oficializado, com a lei N.º. 9.140/95, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e desaparecimentos denunciados⁶⁵.

A Corte, no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, considerou que a maneira pela qual a Lei de Anistia foi interpretada e aplicada no país feriu a obrigação internacional do Estado de investigar e punir grave violações de direitos humanos, violando os artigos 1º(1), 2º, 8º(1) e 25º da Convenção. Salientou, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, ao confirmar a validade da interpretação da Lei de Anistia, desconsiderou as obrigações internacionais do Brasil, derivadas do Direito Internacional, ao não agir de boa fé (*pacta sunt servanda*), desrespeitando também a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. A Corte, dessa forma, reiterou que Estados não podem, por razões internas, descumprir disposições convencionais, devendo adequar seus poderes e órgãos aos deveres assumidos no plano internacional⁶⁶.

63 Ver, por exemplo, notas 54, 55 e 56.

64 *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade, etc.*, Causa 17.768, Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (14 de junho de 2005).

65 Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (n. 5), página 21.

66 *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (n. 19), parágrafo 177.

ACESSO INDIVIDUAL LIMITADO À CORTE

A Corte somente pode examinar as comunicações individuais se os Estados-partes envolvidos no caso reconhecerem a competência da Corte e ratificaram a CADH. De acordo com o artigo 61º, apenas os Estados-partes e a Comissão estão autorizados a submeter um caso à Corte. A fim de apresentar uma denúncia perante a Comissão, os indivíduos devem ter esgotado os recursos internos⁶⁷. Peticionários individuais só têm legitimidade para agir perante a Corte na fase de determinação da reparação.

O acesso limitado individual à Corte pode, em certa medida, ser compensado pelo papel da Comissão, que prevê tanto procedimentos de queixa inter-estatais quanto individuais. O sistema de petição individual é obrigatório e automaticamente vinculante para os Estados no momento da ratificação da CADH, embora, como demonstrado, os Estados têm sido relutantes em cumprir as recomendações da Comissão. De fato, muitas decisões da Comissão não são respeitadas, apesar de o Estado interessado ser parte da Convenção⁶⁸. Diferentemente da Corte, a Comissão pode aplicar também a DADH nos casos em que os Estados não são partes da CADH.

Uma característica essencial do trabalho da Comissão é o procedimento de solução amistosa de disputas. Esse procedimento possui muitas vantagens, uma vez que prevê incentivos tanto para os peticionários quanto para os governos, permitindo que os reclamantes cheguem a acordos de reparação amplos e eficazes. Do ponto de vista do Estado, permite que os governos cumpram as suas obrigações internacionais, sem estarem sujeitos a uma grande crítica pública⁶⁹.

Outra função da Comissão é a documentação das violações dos direitos humanos por meio de relatórios nacionais submetidos à Assembleia Geral da OEA, que atraem grande atenção aos abusos de direitos humanos, tendo, portanto, um efeito dissuasivo sobre os violadores. Nesse contexto, é importante notar que, desde 1961, a Comissão desenvolveu procedimentos de averiguação mediante a realização de visitas *in loco* para observar a situação geral dos direitos humanos em um país ou investigar situações específicas⁷⁰.

67 De acordo com o artigo 46º (2) da Convenção, a regra do esgotamento dos recursos internos não é aplicável em situações em que:

a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (n. 27).

68 H. van der Wilt and V. Krsticevic (n 21), 378.

69 Ibid, 377.

70 Inter-American Commission on Human Rights, 'What is the IACHR?' < <http://www.cidh.oas.org/what.htm> >. Acesso em 29 de abril de 2011. O artigo 18º (g) de seu estatuto estabelece que a Comissão tem como uma de suas atribuições "fazer observações *in loco* em um Estado, com a anuência ou a convite do Governo respectivo" Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Aprovado pela resolução AG/RES. 447 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979), artigo 18º (g).

FALTA DE COLABORAÇÃO, NEGAÇÃO DA VIOLAÇÃO E DESTRUIÇÃO DE PROVAS POR PARTE DOS GOVERNOS

Como já foi demonstrado, como consequência da obrigação do Estado frente ao artigo 1º da CADH, Estados têm o dever de prevenir, investigar e punir toda violação de direitos reconhecidos pela Convenção. No entanto, a falta de colaboração por parte dos governos é uma

Como mostrado em muitos casos, após a execução das vítimas, agentes do governo se envolveram em mais um passo cruel: a ocultação do corpo da vítima, que na maioria das vezes é enterrado em valas obscuras ou jogado de aviões sobre o oceano.

característica comum relativa a todos os casos de desaparecimento trazidos à Corte. Na maioria das vezes, os governos negaram o desaparecimento ou foram incapazes de impedir, investigar e punir os responsáveis. Os governos também não se mostraram dispostos a ajudar os interessados a descobrir o paradeiro e o destino das vítimas ou a localizar seus restos mortais.

No caso de *Godínez Cruz vs. Honduras*, os parentes das vítimas e a Comissão solicitaram ao governo de Honduras, em várias ocasiões, que colaborassem com as investigações. O governo de Honduras finalmente declarou uma impossibilidade absoluta para identificar os supostos responsáveis⁷¹.

Comportamento semelhante também pode ser encontrado no caso *Velásquez Rodríguez*: as comissões de inquérito criadas pelo governo e Forças Armadas hondurenhas não produziram quaisquer resultados. Os procedimentos judiciais foram processados com demora injustificada, o que demonstrou uma evidente falta de interesse em investigar adequadamente as circunstâncias dos desaparecimentos⁷².

Como mostrado em muitos casos, após a execução das vítimas, agentes do governo se envolveram em mais um passo cruel: a ocultação do corpo da vítima, que na maioria das vezes é enterrado em valas obscuras ou jogado de aviões sobre o oceano. No caso *Blake*, o comandante do Exército emitiu instruções para queimar e enterrar o corpo da vítima⁷³.

Como visto no caso *Velásquez Rodríguez*, desaparecimentos forçados são “caracterizados por uma tentativa de suprimir todas as informações sobre o sequestro, o paradeiro e o

71 Citroni G., “‘Desaparición Forzada de Personas’: Desarrollo del Fenómeno y Respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’ (2003) *Anuario de Derecho Internacional* XIX, 383.

72 *Velásquez Rodríguez case* (n. 15) 147.

73 *Blake case* (n. 37) 52 (e).

destino das vítimas”⁷⁴. A Corte e a Comissão lidaram com esse problema, permitindo que os desaparecimentos fossem comprovados por meio de inferências circunstanciais, indiretas ou lógicas, “caso contrário, seria impossível provar que um indivíduo tivesse desaparecido”⁷⁵.

A esse respeito, conforme demonstrado no início do artigo, a existência de uma prática ou política de desaparecimento em um determinado país pode ser usada para provar o desaparecimento de um indivíduo, colocando o ônus da prova sobre o Estado. Ou seja, o Estado deve mostrar que a acusação é improcedente.

A CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS DE 1994: UMA RESPOSTA TARDIA?

No relatório anual de 1986-1987, a Comissão pediu aos países membros que considerassem a possibilidade de adoção de uma Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas para prevenir e punir essa prática abominável. A Comissão afirmou que a política de desaparecimentos na América Latina foi um importante instrumento de repressão e de supressão física de dissidentes, exigindo, portanto, a adoção de medidas especiais nos âmbitos nacional e internacional a fim de tornar essa prática extinta⁷⁶.

No entanto, foi somente em 1994 que a Convenção sobre Desaparecimentos Forçados⁷⁷ foi aprovada, tendo entrado em vigor em 1996, o que claramente coincidiu com o processo de democratização que ocorreu na região naquela época. Embora a adoção da Convenção tenha ocorrido quase 30 anos após a institucionalização de desaparecimentos como uma prática sistemática na América Latina, é compreensível que os governos militares estivessem relutantes em criminalizar uma prática que foi considerada uma política de Estado. Nesse sentido, a adoção de tal Convenção só foi possível no contexto das democracias recém-fundadas.

74 *Velásquez Rodríguez case* (n. 15) 131.

75 *Ibid.*, 124.

76 Organization of American States, ‘Inter-American Commission on Human Rights Annual Report 1986-1987’ OEA/Ser.LV/II. 71 (22 de setembro de 1987).

77 Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, tendo entrado em vigor em 28 de março de 1996). No plano internacional, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados só foi adotada em 2006, tendo entrado em vigor em dezembro de 2010. International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (adopted 20 November 2006) Human Rights Council, Report to the General Assembly on the First Session of the Human Rights Council, at 32, U.N. Doc. A/HRC/1/L.10 (2006).

Embora a Convenção sobre Desaparecimentos Forçados tenha sido ratificada por apenas quatorze países até o dia de hoje⁷⁸, ela representou um passo importante para a legalização da proibição de desaparecimentos forçados. No preâmbulo da Convenção, a prática sistemática do desaparecimento forçado de pessoas é considerada um crime contra a humanidade. Além disso, no artigo X, ficou estabelecido que a proibição de desaparecimento forçado é um direito absoluto e nenhum contexto de circunstâncias excepcionais, até mesmo estados de emergência, pode ser invocado para justificá-lo⁷⁹.

A Convenção também prevê que os Estados-partes deverão adotar legislação nacional que reconheça os desaparecimentos forçados como uma ofensa sujeita à punição adequada, proporcional à sua extrema gravidade⁸⁰. No caso *Gomes Lund vs. Brasil*, por exemplo, os representantes perante a Corte ressaltaram que o Estado brasileiro tem a obrigação de tipificar o delito de desaparecimento forçado, considerando-o continuado ou permanente enquanto não se estabeleça o destino ou paradeiro da vítima. Assim, a adequada tipificação do desaparecimento forçado deve abranger:

- (i) a eliminação, *ab initio*, de instituições jurídicas como a anistia e a prescrição; (ii) a eliminação da competência da justiça militar; (iii) a investigação da totalidade das condutas das pessoas implicadas; e (iv) a determinação das sanções proporcionais à gravidade do crime⁸¹.

A Convenção é uma consequência óbvia da jurisprudência desenvolvida pela Corte em casos de desaparecimento. O artigo II contém uma clara definição de desaparecimento forçado, que é praticado por agentes ou por pessoas que atuem com autorização, apoio ou aquiescência do Estado, refletindo, dessa forma, os achados da Corte de que esse fenômeno é geralmente parte de uma política de Estado⁸². A Convenção obriga os Estados a não praticar, permitir ou tolerar os desaparecimentos forçados e exige dos Estados a cooperação nessa matéria⁸³.

78 Inter-American Commission on Human Rights, 'Signatures and Current Status of Ratifications' < <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic12.Disappearance%20Ratif.htm> > acesso em 22 abril de 2011.

79 "Em nenhum caso poderão ser invocadas circunstâncias excepcionais, tais como estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, para justificar o desaparecimento forçado de pessoas. Nesses casos, será mantido o direito a procedimentos ou recursos judiciais rápidos e eficazes como meio de determinar o paradeiro das pessoas privadas de liberdade ou seu estado de saúde, ou de identificar a autoridade que ordenou a privação de liberdade ou a tornou efetiva." Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (n 77) art. X (1).

80 "Os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima." Ibid, art. III (1).

81 *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (n. 19).

82 "Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes. Ibid, art. II (1).

83 Ibid, art. I.

No artigo III, a caracterização do desaparecimento forçado como um crime continuado ou permanente, até que o destino ou o paradeiro das vítimas tenha sido determinado, também representa a institucionalização da prática desenvolvida pela Corte⁸⁴.

Entre outras características, é interessante notar que a Convenção estabeleceu que a defesa do argumento da obediência devida a ordens superiores não será admitida em casos de desaparecimentos e que todas as pessoas que receberem tais ordens têm o direito e o dever de não obedecê-las. Além disso, privilégios, imunidades ou dispensas especiais não serão permitidas em julgamentos de casos de desaparecimentos forçados⁸⁵.

Em suma, embora a adoção da Convenção possa ser considerada uma resposta tardia ao fenômeno dos desaparecimentos na América Latina, ela representa um passo importante para a codificação de tal conduta como crime e estabelece os deveres do Estado para que esse crime seja evitado, punido e, no futuro, eliminado.

CONCLUSÃO

Como demonstrado, o fenômeno dos desaparecimentos forçados foi introduzido pela primeira vez na década de 1960 por governos ditatoriais na América Latina como uma prática de repressão política e censura física, que logo se tornou sistemática e generalizada.

Embora no momento em que tanto a Corte quanto a Comissão começaram a abordar essa prática nem a CADH nem o DAHR contivessem disposições do crime de desaparecimento forçado, como tal, foi logo reconhecido que o fenômeno era uma forma complexa de violação múltipla e contínua de diversos direitos.

Impedimentos impostos pelos governos, como a promulgação de leis de anistia, obstruíram a busca da verdade em casos de desaparecimentos forçados. Como resposta a essa dificuldade, a jurisprudência da Corte e da Comissão desenvolveu importantes noções relativas a regras de provas e à admissibilidade e à avaliação das provas e do ônus da prova nos casos de desaparecimento forçado. A Convenção também identificou importantes obrigações dos Estados, tais como o dever de prevenir, de investigar e de punir toda violação dos direitos reconhecidos pela CADH.

84 Em relação a esse assunto, verificar os resultados relatados nos casos *Blake vs. Honduras* e *Trujillo Oroza vs. Bolívia*.

85 É importante notar que essa provisão foi construída de acordo com a jurisprudência da Corte, como demonstram os resultados do caso *Consuelo et al vs. Argentina* e *Barrios Altos vs. Peru*.

Como demonstrado, a complementaridade das funções da Corte e da Comissão permitiu a superação de certas limitações inerentes à estrutura e *modus operandis* de cada um desses órgãos.

A legalização da proibição de desaparecimentos forçados, como tal, não ocorreu até a década de 1990, com a adoção da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Essa resposta tardia ao fenômeno dos desaparecimentos coincide com o aumento da governabilidade democrática na região. Essa Convenção adota claramente os caminhos interpretativos desenvolvidos pela Corte e pela Comissão durante os anos de ditadura na América Latina.

O legado desses anos é, portanto, claramente consagrado nas disposições da Convenção, mas, infelizmente, os desaparecimentos forçados ainda não estão confinados a ser uma marca deixada exclusivamente pelos regimes militares extintos.

BIBLIOGRAFIA

FONTES PRIMÁRIAS:

Casos:

Barrios Altos case (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 75 (14 March 2001).

Barrios Altos case (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 75 (3 September 2001).

Blake case (Preliminary Objections) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 27 (2 July 1996).

Blake case (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 27 (24 January 1998).

Carmen Aguiar de Lapacó vs. Argentina, Inter-American Commission of Human Rights N° 12.059 (May 4, 1999).

Carmen Aguiar de Lapacó vs. Argentina, Inter-American Commission of Human Rights N° 12.059 (February 29, 2000).

Caso Claudio Abdon Lecaros Carrasco pelo delito de sequestro agravado, Corte Suprema de Justiça do Chile, Rol N°. 47.205, Recurso N°. 3302/2009, Resolução 16698, Sentença de Apelação, e Resolução 16699, Sentença de Substituição (18 de maio de 2010).

Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), Corte Interamericana de Direitos Humanos, Série C N° 219 (24 de novembro de 2010).

Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, Suprema Corte de Justiça do Uruguai, Sentença N°. 365/09 (19 de outubro de 2009).

Caso Santiago Martín Rivas (Recurso de agravo constitucional, Sentença), Tribunal Constitucional do Peru, Expediente 679-2005-PA/TC, (2 de março de 2007).

Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade, etc., Causa 17.768, Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (14 de junho de 2005).

Caso Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) Inter-American Court of Human Rights (19 de janeiro de 1998).

Consuelo et al. vs. Argentina, Inter-American Commission of Human Rights N°s 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309, 10.311 (2 de outubro de 1992).

Decisão do Plenário a respeito da instância que examinará a aplicação da Lei de Anistia no caso do sequestro do mirista Miguel Ángel Sandoval, Corte Suprema de Justiça do Chile, Caso 2477 (17 de novembro de 2004).

Fairén Garbi and Solís Corrales case (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 6 (15 de março de 1989).

Godínez Cruz case (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 5 (20 de janeiro de 1989).

Velásquez Rodríguez case (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 4 (29 de julho de 1988).

Trujillo Oroza case (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 92 (26 de janeiro de 2000).

Trujillo Oroza vs. Bolivia (Reparations) Inter-American Court of Human Rights Series C N° 92 (27 de fevereiro de 2002).

Convenções, Declarações e Estatutos:

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969).

Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, entrada em vigor em 28 de março de 1996).

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, abril de 1948).

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (adotada em 23 de maio de 1969, entrada em vigor em 27 de janeiro de 1980).

Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Aprovado pela resolução AG/RES. 447 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979).

International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (adopted 20 November 2006) Human Rights Council, Report to the General Assembly on the First Session of the Human Rights Council, at 32, U.N. Doc. A/HRC/1/L.10 (2006).

Resoluções

UNGA “Disappeared Persons” (1978), 33/171.

FONTES SECUNDÁRIAS:

Livros, artigos e outras publicações:

Citroni G., “‘Desaparición Forzada de Personas’: Desarrollo del Fenómeno y Respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’ (2003) Anuario de Derecho Internacional XIX.

Hanski, R. and Suksi M., *An Introduction to the International Protection of Human Rights* (Institute for Human Rights Abo Akademi University, Turku, 1999).



Lutz E. L. and Sikkink K., 'International Human Rights Law and Practice in Latin America', (2000) International Organization, 633, 659.

Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, 'Papel cumprido e trabalho por fazer, 2006. Extrato do Livro Relatório'.

Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. 'Direito à Memória e à Verdade'. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, Brasília, 2007.

Theissen A. L. M., "La Desaparición Forzada de Personas en América Latina" (KO'AGA ROÑE'ETA se.vii, 1998) <www.derechos.org/koaga/vii/molina.html> acesso em 15 de abril de 2011.

Office of the United Nations High Commission for Human Rights "Rule of Law Tools for Post Conflict States: Amnesties", HR/PUB/09/1 (New York e Genebra, 2009)

Van der Wilt, H and Krsticevic V., "The OAS System and Human Rights", in R. Hanski and M. Suksi, *An Introduction to the International Protection of Human Rights* (Institute for Human Rights Abo Akademi University, Turku, 1999).

Relatórios:

Amnesty International, 1981 *Annual Report* (1981).

Amnesty International, 'Crime without Punishment: Impunity in Latin America' (Report) (Novembro de 1996) AI Index AMR 01/08/96.

Amnesty International, "'Disappearances" in Guatemala: Briefing the UN Committee against Torture' (Report) (Novembro de 2000) AI Index AMR 4/44/00.

ECOSOC (Commission on Human Rights) 'Question of Human Rights of all persons Subjected to any Form of Detention or Imprisonment, in Particular: Question of Missing and Disappeared Persons: Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances' (1981) UN Doc E/CN.4/1435.

Organization of American States, 'Inter-American Commission on Human Rights Annual Report 1976' OEA/Ser.L/V/II40 (7 de junho de 1977).

Organization of American States, 'Inter-American Commission on Human Rights Annual Report 1986-1987' OEA/Ser.L/V/II. 71 (22 de setembro de 1987).

Websites:

Inter-American Commission on Human Rights, 'What is the IACHR?' <<http://www.cidh.oas.org/what.htm> > acesso em 29 de abril de 2011.

Inter-American Commission on Human Rights, 'Signatures and Current Status of Ratifications' <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic12.Disappearance%20Ratif.htm>> acesso em 22 de maio de 2011.

AMARILIS BUSCH TAVARES

Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG) em exercício na Comissão de Anistia/Ministério da Justiça. Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestre em Direito Internacional Humanitário pela Academia de Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos, Universidade de Genebra, Suíça

Resumo: Este trabalho irá abordar os desaparecimentos forçados na América Latina, que foram utilizados como uma prática sistemática por regimes militares na região. O trabalho focará no papel do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – em especial da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – na resposta a essa prática. Serão identificadas as principais contribuições da jurisprudência desenvolvida por esses órgãos em casos de desaparecimentos forçados, bem como suas limitações. Finalmente, o documento irá demonstrar que a codificação do delito de desaparecimento forçado como tal só se tornou possível a partir da década de 1990, quando mudanças institucionais na região possibilitaram a substituição das ditaduras por democracias.

Palavras-chave: desaparecimento forçado, prática sistemática, direitos humanos, ditadura.

Abstract: *This paper will address the phenomenon of enforced disappearances in Latin America, which was used as a systematic state practice by military regimes in the region. The paper will focus on the role of the Inter-American Human Rights System, particularly, the Inter-American Court of Human Rights and the Inter-American Commission on Human Rights in responding to this practice. It will identify the major contributions of the jurisprudence developed by these bodies in cases of enforced disappearance, as well as its limitations. Finally, the paper will demonstrate that the codification of the crime of enforced disappearance as such was only made possible in the 1990s, when institutional changes in the region replaced the dictatorships by democracies.*

Keywords: *enforced disappearance, systematic practice, human rights, dictatorship*

FONTE: ARQUIVO NACIONAL





A NEGOCIAÇÃO PARLAMENTAR DA ANISTIA DE 1979 E O CHAMADO “PERDÃO AOS TORTURADORES”

Carlos Fico

Professor Titular de História do Brasil da Universidade Federal do Rio de Janeiro, doutor em História pela Universidade de São Paulo e pesquisador do CNPq

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em 2008, registrou no Supremo Tribunal Federal (STF) uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental cujo objetivo era excluir “os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar (1964/1985)” dos abrangidos pela Lei da Anistia de 1979¹. A lei perdoou os crimes políticos “ou conexos com estes”, estes últimos definidos como “crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. Embora sem uma referência explícita, a noção de “crimes conexos” passou a ser entendida como uma referência à tortura². Assim, simplificada, a arguição passou a ser entendida como uma forma de excluir os torturadores dos benefícios da anistia de 1979.

A matéria é polêmica. De um lado, há os que argumentam que a Constituição de 1988 tornou o crime de tortura inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, o que ampararia a arguição³. Para outros, o princípio da “irretroatividade da lei penal mais severa” assegura aos torturadores o benefício concedido pela lei de 1979⁴. Além das questões técnicas de natureza jurídica, o tema tem evidente alcance político e histórico, já que a Lei da Anistia de 1979 foi uma das etapas do longo

1 A arguição foi registrada no STF sob o nº 153, em 21 de outubro de 2008, e teve como relator o ministro Eros Grau. Terminou por ser julgada improcedente em 2010. A Lei da Anistia é a de nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.

2 A tortura tornou-se constante nos interrogatórios para a rápida obtenção de informações antes que os companheiros da vítima percebessem sua prisão, sobretudo a partir da implantação do “Sistema de Segurança Interna”, em 1969.

3 “Processo contra Ustra quebra paradigma da lei de anistia”. Entrevistas: Luiz Eduardo Greenhalgh e Hélio Bicudo a Paulo Henrique Amorim. Acesso em 09/11/2006, <<http://anistia.multiply.com/reviews/item/6>>.

4 Nota da Advocacia Geral da União AGU/SGCT/ N°01-DCC/2009, de 30 de janeiro de 2009. p. 17.

processo de superação do regime militar. Assim, para que se possa interpretá-la corretamente, é fundamental considerar o contexto em que foi aprovada. Nestas breves anotações, tentarei recuperar alguns aspectos daquela conjuntura, especialmente os indicadores de que a maioria dos membros da oposição, no contexto da negociação política que se estabeleceu, aceitou a anistia tal como foi proposta pelo governo.

ABERTURA

A chamada “abertura política” iniciou-se no governo do general-presidente Ernesto Geisel (1974-1979) e se estendeu pelo mandato de seu sucessor, o general João Figueiredo (1979-1985)⁵. Geisel tomou várias iniciativas que atenuaram a opressão política, como o abrandamento da censura à imprensa, a revogação de parte da legislação repressiva (como o AI-5 e o decreto-lei nº 477), o restabelecimento do *habeas corpus* para crimes políticos e a abolição das penas de morte, prisão perpétua e banimento, entre outras.

Foi durante o mandato de Geisel e no contexto da “abertura” que surgiu a campanha pela anistia. Em 1975, foi criado o “Movimento Feminino pela Anistia”. Em 1977, com a eclosão de manifestações estudantis em diversas cidades do país, a campanha ganhou maior fôlego: realizaram-se os “Dias Nacionais de Protesto e Luta pela Anistia” e formaram-se os “Comitês Primeiro de Maio pela Anistia”, que teriam duração efêmera. Finalmente, em 1978, formou-se o “Comitê Brasileiro pela Anistia”, lançado no Rio de Janeiro com o apoio do general Pery Bevilacqua, punido pelo AI 5 em 1969. A exigência de uma anistia “ampla, geral e irrestrita” tornou-se a marca da campanha⁶.

As etapas do processo de “abertura” foram planejadas para atender ao ritmo cauteloso estabelecido por Ernesto Geisel. Jarbas Passarinho, que em 1979 era líder do governo no Senado, admitiu que “o gradualismo, planejado como se fosse uma operação de Estado-maior, deveria prosseguir pela anistia e a reformulação partidária”⁷. José Sarney, antigo presidente do partido situacionista, a Arena (Aliança Nacional Renovadora), também afirmou que “tudo aquilo [a anistia e a extinção do bipartidarismo] era uma coisa feita segundo um planejamento rígido, em nível de Estado-maior, pelo Golbery [do Couto e Silva, chefe do Gabinete Civil] e pelo presidente Geisel”⁸. O cuidado devia-se a uma série de

5 Não retomarei o antigo debate teórico sobre a problemática da transição democrática. Para um bom resumo consulte-se Gláucio Ary Dillon Soares, Maria Celina D’Araújo e Celso Castro. *A volta aos quartéis. A memória militar sobre a abertura*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995. p. 13-41. A expressão “abertura política” será adotada aqui porque identifica facilmente o processo histórico em pauta neste artigo.

6 Sobre a campanha pela anistia, consultar Heloisa Amélia Greco. *Dimensões fundacionais da luta pela anistia*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em História da UFMG. Belo Horizonte, 2003 e Fabíola Brigante Del Porto. *A luta pela anistia no regime militar brasileiro: a constituição da sociedade civil no país e a construção da cidadania*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Política da UNICAMP. Campinas, 2002.

7 Jarbas Passarinho. *Um híbrido fértil*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1996. p. 482.

8 Ronaldo Costa Couto. *Memória viva do regime militar: Brasil, 1964-1985*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 319.

circunstâncias, sendo talvez a mais importante a dificuldade para desmontar as “comunidades de segurança e informações”; setores militares da chamada “linha dura”, que cuidavam da repressão que, muitas vezes, incluiu a tortura de prisioneiros políticos⁹. Tais setores temiam possíveis investigações futuras que pretendessem puni-los, algo que eles passaram a chamar de ameaças de “revanchismo”. Evidentemente, do ponto de vista do planejamento governamental, evitar tais punições tornou-se um aspecto essencial para a consecução da abertura política¹⁰.

O planejamento da abertura considerava que a anistia, além de ser uma medida considerada simpática pela opinião pública, serviria para dividir o partido de oposição, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), conforme admitiu Jarbas Passarinho:

(...) o governo tinha o maior interesse em anistiar esses líderes [Arraes, Prestes e Brizola], para que cada um, segundo suas ideologias ou doutrinas, atuasse separadamente, o que impediria o MDB de transformar-se no escoadouro único de todas as correntes oposicionistas, uma vez que à anistia seguir-se-ia a reformulação partidária, acabando com o bipartidarismo¹¹.

João Figueiredo tomou posse em março de 1979 e, no final de junho, encaminhou projeto de lei ao Congresso Nacional concedendo anistia nos termos já mencionados¹². A ideia de uma “anistia recíproca” não era alheia à campanha pela anistia. A dirigente da seção gaúcha do Movimento Feminino pela Anistia, por exemplo, defendia uma anistia “de parte a parte”, tanto quanto Pedro Simon – que em 1978 era deputado estadual (MDB-RS) – falava em “esquecimento recíproco dos que agiram e dos que sofreram”. Pery Bevilacqua também defendia a “anistia recíproca”, diferentemente da presidente do Comitê Brasileiro pela Anistia, que considerava impossível anistiar a prática da tortura “porque tais crimes nunca foram punidos e não se pode anistiar quem não chegou a ser punido”¹³. Curiosamente, alguns militares eram contrários à referência aos crimes conexos porque isso implicava admitir que tivesse havido tortura – acusação que a ditadura negou enquanto pôde¹⁴. Outros julgavam que a anistia, além de recíproca, deveria restringir-se à recuperação dos direitos políticos e ao exercício de cargos públicos dos beneficiados¹⁵.

9 Sobre as dificuldades de Geisel com a linha dura consultar Maria Celina D'Araújo, Celso Castro. *Ernesto Geisel*. Rio de Janeiro: FGV, 1997. Capítulo “Problemas com a linha dura”. Sobre as comunidades de informações e segurança veja-se meu livro *Como eles agiam*, mencionado na primeira nota.

10 Gláucio Ary Dillon Soares, Maria Celina D'Araújo e Celso Castro. *Op. cit.* p. 35.

11 *Idem.* p. 484.

12 Brasil. Presidência da República. Mensagem nº 191/1979, de 27 de junho de 1979.

13 “A anistia em julgamento”. *Veja*, nº 495, 1º mar. 1978. p. 35-36.

14 Roberto Ribeiro Martins. *Liberdade para os brasileiros: anistia ontem e hoje*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. p. 178.

15 Depoimento do general Enio dos Santos Pinheiro. Gláucio Ary Dillon Soares, Maria Celina D'Araújo e Celso Castro. *Op. cit.* p. 225.

O projeto encaminhado por Figueiredo não incluía na anistia os “condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”, que os militares chamavam, genericamente, de “terroristas” (apesar de o terrorismo ser uma figura penal inexistente nas leis de segurança de então)¹⁶. Embora não seja uma questão essencial para os objetivos destas anotações, não se deve descartar a hipótese de que a exclusão dessas pessoas da anistia tenha sido um estratagema do governo no sentido de desviar a atenção do artigo que buscava afastar o problema do revanchismo. O “grupo restrito do conselho político”¹⁷ de Ernesto Geisel (Golbery, Petrônio Portella e poucos outros), que pensou a anistia como instrumento de enfraquecimento do MDB, também pode ter planejado a suposta manobra.

De fato, Golbery valorizava esse tipo de ardil. Ele admirava o antigo presidente do Senado, que, no governo Geisel, havia conduzido a chamada “missão Portella” – tentativa de comprometer setores moderados da oposição com a abertura política. Como ministro da Justiça no governo Figueiredo, Petrônio Portella foi responsável pelo projeto da anistia. Golbery do Couto e Silva o julgava capaz de sobrepular os oponentes com suas “magistrais manobras políticas”, desnortando adversários “como que postos sob luz estroboscópica”. Segundo Golbery, Portella tinha “um conjunto bem hierarquizado de claros objetivos” e sabia evidenciar “o que queremos de fato, o que nunca cederemos ou até onde poderemos negociar e ceder”¹⁸. Ora, impedir o revanchismo – que em sua expressão mais elementar diria respeito à punição de torturadores – era certamente um ponto em que os militares nunca cederiam.

A menção aos crimes conexos realmente demandava uma extraordinária capacidade de tergiversação, dada a esdrúxula circunstância de o projeto anistiar pessoas desconhecidas e não condenadas. A fórmula obscura foi adotada porque o governo não estava apenas preocupado com torturadores. Ao anistiar os “crimes políticos ou praticados por motivação política”, o projeto garantia que, no futuro, nenhum militar seria punido em função das ilegalidades praticadas durante a ditadura. Conforme registrou Ana Lagôa, a propósito do atentado à bomba que integrantes da linha dura perpetraram contra uma comemoração pelo Dia do Trabalho, em 1981, no pavilhão do Riocentro, no Rio de Janeiro, “(...) em função da anistia (...), nenhum militar se sentará no banco dos réus. O desagrado que isso possa provocar no meio civil é irrelevante, do ponto de vista da segurança, e passageiro, do ponto de vista da estratégia de gradual e lenta democratização do país (...)”¹⁹.

16 Congresso Nacional. Comissão Mista sobre Anistia. *Anistia*. Brasília: [Centro Gráfico do Senado Federal], 1982. Vol. 2, p. 435.

17 Jarbas Passarinho. *Op. cit.* p. 467.

18 Golbery do Couto e Silva. “Apresentação.” In Petrônio Portella. *Tempo de Congresso II*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, [1980?]. p. X-XI.

19 Ana Lagôa. *SNI: como nasceu, como funciona*. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1983. p. 111.

COMISSÃO MISTA

Observada a sistemática usual, o presidente do Congresso nomeou uma comissão mista para emitir um parecer sobre o projeto. A comissão reuniu-se oito vezes ao longo do mês de agosto de 1979, mas suas reuniões decisivas foram a sexta, realizada no dia 15, para a apresentação do parecer do relator, e a sétima, no dia seguinte, para sua discussão. No mesmo dia, à tarde, o parecer foi votado. Os registros dos trabalhos da Comissão Mista são bastante úteis para recuperar-se a discussão sobre os “crimes conexos”²⁰.

Para que os torturadores não fossem contemplados com a anistia era preciso modificar o artigo 1º do projeto de lei e seu parágrafo 1º, que mencionavam o assunto. Diversas entidades enviaram seus pleitos ao MDB. Um núcleo do Comitê Brasileiro pela Anistia, por exemplo, solicitou que o partido apresentasse um substitutivo “com exclusão dos torturadores”²¹. O Instituto de Advogados Brasileiros, por seu turno, encaminhou um parecer ao presidente do MDB, o deputado paulista Ulysses Guimarães, aceitando a inclusão:

Por mais que repugne à sensibilidade humana até mesmo admitir-se que alguém, valendo-se de uma autoridade de que momentaneamente dispõe, possa causar danos pessoais a um semelhante, por uma questão de coerência, por se considerar que a ideia de anistia implica um esquecimento total, é de se concordar com a menção expressa do citado parágrafo 1º (...). Se a anistia deve ser, como o exige o presente momento histórico, ampla, geral e irrestrita, deve também abranger todos aqueles que, de uma forma ou de outra, estiveram envolvidos no processo de exacerbação de ânimos²².

Therezinha Zerbine, líder do Movimento Feminino pela Anistia, firmou um documento apelando para que o MDB votasse favoravelmente ao projeto do governo:

Nossos companheiros da oposição democrática, que há tantos anos suportam o duro embate com os representantes mais estreitos do pensamento governista, sabem da responsabilidade histórica que pesa sobre seus ombros e, conscientes do gesto que realizam, não obstruirão o decreto da anistia do governo, porque seu interesse maior é a felicidade do povo e não uma inútil e contraditória confrontação²³.

20 Congresso Nacional. Comissão Mista sobre Anistia. *Anistia*. Brasília: [Centro Gráfico do Senado Federal], 1982. 2 vols.

21 Correspondência de 30 de julho de 1979. Arquivo Ulysses Guimarães. Documentos sobre a lei de anistia. CPDOC da FGV. Classificação UG cd 1979.03.29.

22 Correspondência de 15 de agosto de 1979. Arquivo Ulysses Guimarães. Documentos sobre a lei de anistia. CPDOC da FGV. Classificação UG cd 1979.03.29.

23 Documento sem data intitulado “Nossa posição sobre a próxima etapa da luta pela anistia no Brasil”. Arquivo Ulysses Guimarães. Documentos sobre a lei de anistia. CPDOC da FGV. Classificação UG cd 1979.03.29.

Os parlamentares do MDB apresentaram 209 emendas ao projeto (de um total de 305). Dentre as 209, o partido submeteu 65 propostas de alteração do artigo 1º (aí incluídas 09 emendas substitutivas que ofereciam um novo projeto na íntegra). Dessas 65, apenas 11 propunham a exclusão do perdão aos responsáveis pela repressão, 45 mantinham o benefício previsto no projeto de lei e 9 eram irresolutas²⁴. Os parlamentares da Arena não apresentaram emendas

“Os parlamentares da Arena não apresentaram emendas sobre a questão. Portanto, o tema não foi o principal objeto dos debates havidos na Comissão Mista, até porque a não inclusão dos “terroristas” atraía a atenção dos parlamentares para a discussão sobre o caráter parcial da anistia proposta por Figueiredo.”

sobre a questão. Portanto, o tema não foi o principal objeto dos debates havidos na Comissão Mista, até porque a não inclusão dos “terroristas” atraía a atenção dos parlamentares para a discussão sobre o caráter parcial da anistia proposta por Figueiredo²⁵. Conforme o deputado João Gilberto (MDB-RS), a anistia dos que participaram da luta armada era “o ponto crucial do debate da anistia”²⁶.

Ainda assim, a pretensão de anistiar os torturadores não passou despercebida aos parlamentares: isso seria “um escárnio à justiça e à dignidade humana”, salientou o deputado JG de Araújo Jorge (MDB-RJ)²⁷, uma “trágica incoerência”, segundo o já citado deputado João Gilberto²⁸. O deputado José Carlos Vasconcellos

(MDB-PE) apresentou uma emenda excetuando da anistia, “por serem crimes comuns, os que praticaram atos de intimidação, de sevícia ou de torturas, que tenham ou não resultado em morte, contra presos políticos”²⁹.

24 Além de 09 emendas substitutivas apresentadas pelo MDB, a Comissão Mista registrou outras 58 emendas do partido como sendo modificadoras apenas do artigo 1º, o que daria um total de 67 emendas potencialmente capazes de excluir os torturadores do benefício. Aqui são consideradas apenas 65 porque as de número 48 e 69 referem-se, na verdade, a outros artigos. As 09 emendas que não esclarecem, em definitivo, se excluem ou não os torturadores são as de número 17, 20, 43, 44, 45, 52, 73, 84 e 91. Ver Congresso Nacional. Comissão Mista sobre Anistia. *Anistia*. Brasília: [Centro Gráfico do Senado Federal], 1982. Vol. 1, p. 36-152.

25 Algumas entidades que integravam a campanha admitiam a anistia parcial. Isabel Veiga de Santana, dirigente da seção baiana do Movimento Feminino pela Anistia, disse, em março de 1978, que “a gente fala em anistia ampla e irrestrita, pois essa é nossa bandeira, mas nunca descartamos a possibilidade de uma anistia parcial (...). Queremos o bolo inteiro, mas, se derem uma fatia apenas, não iremos recusá-la”. “A anistia em julgamento”. *Veja*, nº 495, 1º mar. 1978. p. 35.

26 Congresso Nacional. Comissão Mista sobre Anistia. *Anistia*. Brasília: [Centro Gráfico do Senado Federal], 1982. Vol. 1, p. 612.

27 Congresso Nacional. *Op. cit.* p. 77.

28 *Idem.* p. 613.

29 *Idem.* p. 150.

Alguns parlamentares pareciam estupefatos com a hipótese de o projeto perdoar os torturadores, “o que seria inacreditável” – disse o deputado Alceu Collares (MDB-RS). “O instituto da anistia destina-se à solução dos crimes políticos, ao passo que a tortura ou a sevícia, com ou sem morte, é um delito comum típico. Quando processados ou condenados, os autores dessa espécie de crime podem ser atingidos por indulto, jamais por anistia”, argumentava o deputado³⁰.

Outros parlamentares da oposição davam a entender que o projeto do governo não pretendia efetivamente perdoar os torturadores, mas convinha explicitar isso. O senador Lázaro Barbosa (MDB-GO), por exemplo, apresentou uma emenda excluindo da anistia “os atos de sevícias e de tortura praticados contra presos políticos” e justificou sua proposta dizendo que,

da forma como está redigido o projeto, a anistia abrange os crimes políticos e conexos, definidos, de modo amplo, como os “de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.” Assim, por aplicação extensiva, seriam beneficiados, no período, não só os injustamente punidos, como, também, os seus violentadores e torturadores, circunstância que, em verdade, não se configura no espírito da proposição³¹.

O deputado governista Leorne Belém (Arena-CE) parecia descrever do perdão aos torturadores. Ele comparou a tortura aos “atos de terror” e afirmou que os torturadores, “sabidamente, não estão contemplados no projeto (...) porque estes, também, não cometeram crimes políticos”. Com isso, ele pretendia justificar seu apoio à exclusão dos presos políticos, já que acabou considerando que a proposta apresentava a “anistia possível”³².

O senador Humberto Lucena (MDB-PB) parecia realmente confuso. Ele apresentou uma emenda que mantinha a referência aos crimes conexos, tal como definido no projeto governamental, e outra que excluía da noção de crimes conexos aqueles “praticados contra pessoas presas, desarmadas ou, por qualquer outra razão, incapazes de se defender”³³. Em uma terceira emenda, Lucena propôs que os excluídos do projeto governamental (condenados por terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal) poderiam ser beneficiados (desde que comprovassem terem sido submetidos à tortura) e também abriu caminho para a punição dos torturadores, mas manteve a noção de crimes conexos³⁴.

30 *Idem.* p. 60.

31 *Idem.* p. 138-139.

32 *Idem.* p. 624.

33 Emendas 49 e 50. Congresso Nacional. *Op. cit.* p. 111-112.

34 Emenda 84. Congresso Nacional. *Op. cit.* p. 147.

Os deputados Marcelo Cerqueira e Modesto da Silveira (MDB-RJ) buscaram explicitar, com sua emenda, que os crimes comuns ou de abuso de autoridade contra pessoas detidas não estavam abrangidos pela anistia. Além disso, tentaram incluir dispositivo que regulamentava a futura apuração do crime de tortura,

não como qualquer forma de revanche ou de vingança; não se pretende torturar o torturador, assassinar o assassino, sequestrar o sequestrador, desaparecer quem fez desaparecer. Mas a apuração desses crimes permitirá que a sociedade, conhecendo em sua profundidade tais horrores, não consinta que jamais isso volte a ocorrer em nosso país³⁵.

O deputado Pacheco Chaves (MDB-SP) fez uma proposta que bem caracteriza a fase da apresentação das emendas como uma etapa de negociação. Inspirado na posição da seção paulista da OAB, ele não propunha a exclusão dos torturadores, mas a inclusão dos acusados de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Reproduzindo parecer da OAB-SP, Pacheco Chaves disse que a obscura referência aos crimes conexos levaria o futuro intérprete da lei a tentar “descobrir qual o interesse oculto do legislador, que outro não é senão o de estender o benefício aos torturadores”:

De duas, uma: ou se teve vergonha de dizer às claras o que se pretendia, ou se quis iludir, desejando-se dispor sem o fazer. A vergonha é sinal de que não se acredita merecedor de esquecimento o que se visa a que seja atingido pela anistia; a tentativa de iludir revela a desconfiança de que em termos precisos o propósito de se anistiar o torturador não viria a receber a aprovação do Congresso Nacional e da própria nação³⁶.

Os parlamentares governistas pouco se pronunciaram sobre o tema. O relator da Comissão Mista, deputado Ernani Satyro (Arena-PB), ex-ministro do Superior Tribunal Militar, recuperou um parecer que já havia dado quando também relatara a proposta de anistia apresentada, meses antes, por Ulysses Guimarães. Naquela ocasião, Satyro havia dito que as propostas de punição dos torturadores buscavam “punir a Revolução”³⁷.

Satyro referia-se a um episódio sobre o qual há persistente mal-entendido. No início de 1979, sabedor da futura iniciativa de Figueiredo, o MDB havia tentado antecipar-se. Sua proposta anistiava crimes políticos de pessoas envolvidas em “fatos ocorridos no território nacional desde 31 de março de

35 Congresso Nacional. *Op. cit.* p. 134.

36 *Idem.* p. 119-121.

37 *Idem.* p. 571.

1964”³⁸. Se assim fosse aprovada, poderia ser dada a interpretação de que personagens como Luiz Carlos Prestes, Leonel Brizola e Miguel Arraes estariam excluídos, já que, majoritariamente, estiveram envolvidos em fatos ocorridos antes do dia 31. A redação ruim lançaria persistente suspeita sobre o MDB porque muitos supunham que o partido temia o retorno daquelas lideranças. O deputado José Bonifácio de Andrada (Arena-MG) chamou insistentemente a atenção para a suposta limitação do projeto do MDB³⁹. Futuramente, o incidente seria distorcido. Jarbas Passarinho, por exemplo, assegurou que o projeto do MDB “só anistiava a partir dos atos institucionais”⁴⁰. Isso não é verdadeiro porque o primeiro ato institucional foi decretado no dia 9 de abril, tanto quanto o ato nº 1 do “Comando Supremo da Revolução,” que suspendeu os direitos políticos daqueles líderes.

A estratégia do MDB consistia em atribuir para si e para as manifestações sociais a paternidade da anistia. Segundo o deputado Tarcísio Delgado (MDB-MG), “é bom que se diga, embora a nação saiba, que mesmo esse projeto incompleto, que desejamos ampliar, representa uma conquista, resultado de muitas lutas e de grandes sacrifícios do MDB e de muitos segmentos da sociedade brasileira”⁴¹. A negociação parlamentar ficava encoberta por essa retórica curiosa: o MDB, que não havia liderado a campanha pela anistia, identificava o projeto do governo como uma “conquista”, apesar de criticá-lo. Assim, o deputado Roberto Freire (MDB-PE) assegurava que a oposição havia conquistado, com o projeto do governo, a anistia parcial: “não é aquela que a nação quer, não é aquela que a nação, um dia, talvez bem próximo, irá conquistar. Mas essa conquista ninguém há de tirar das forças democráticas deste país”⁴².

A posição de Roberto Freire em relação ao chamado perdão aos torturadores é esclarecedora. Ela serve para mostrar a complexidade da negociação estabelecida entre o governo (que negava estar sob pressão da campanha pela anistia) e a oposição (que evitava apregoar que aceitava o projeto de Figueiredo apesar de suas limitações). Durante os trabalhos da Comissão Mista, Freire – líder comunista que se abrigava no MDB porque seu partido estava, evidentemente, na clandestinidade – condenou a inclusão dos torturadores:

Eu fiquei um pouco preocupado em o governo não querer discutir o problema das torturas (...). Eu pensei que precisava fazer, mais uma vez, referência a esse aspecto do projeto. Uma linguagem dúbia, premeditadamente dúbia do governo, tenta vender

38 Proposta de emenda à Constituição nº 25, de Nelson Carneiro, de 1978-CN, e respectiva emenda substitutiva apresentada pelo deputado Ulysses Guimarães.

39 Congresso Nacional. Comissão Mista sobre Anistia. *Anistia*. Brasília: [Centro Gráfico do Senado Federal], 1982. Vol. 2, p. 45 e segs.

40 Alberto Dines, Florestan Fernandes Jr. e Nelma Salomão (Orgs.). *Histórias do poder* (100 anos de política no Brasil). Vol. 1: Militares, igreja e sociedade civil. São Paulo: Editora 34, 2000. p. 343.

41 Congresso Nacional. Comissão Mista sobre Anistia. *Anistia*. Brasília: [Centro Gráfico do Senado Federal], 1982. Vol. 1. p. 623.

42 Congresso Nacional. *Op. cit.* p. 625.

a ideia de que os torturadores poderão ser beneficiados por essa anistia. É bom que se frise bem, desde logo, que nenhum torturador se encontra sendo processado, foi julgado ou está punido. Isso seria quase uma autoanistia. Quem vai dizer se o torturador será anistiado é o regime democrático de amanhã⁴³.

Momentos antes, Roberto Freire havia defendido uma emenda de autoria dos deputados Marcelo Cerqueira e Modesto da Silveira, já mencionada, e que não apenas excluía os torturadores como também buscava apurar os crimes de tortura⁴⁴. Recentemente, entretanto, Freire afirmou:

Eu dizia [aos excluídos do projeto de anistia] que, apesar da discriminação, de a anistia não ser aquela que queríamos que fosse, tínhamos de votar a favor. O PCB percebeu o alcance político da proposta, se posicionou a favor da lei e eu defendi a posição claramente, embora não explicitamente (...). Eu dizia que não se podia votar contra uma lei que anistiava Luiz Carlos Prestes, Leonel Brizola, Miguel Arraes, Gregório Bezerra, Francisco Julião e milhares de outros que, com aquela lei, se integrariam à luta para torná-la mais ampla⁴⁵.

A atividade parlamentar não dispensa certa dose de encenação. Em 1979, ao defender a emenda dos deputados fluminenses que buscavam punir os torturadores, Freire fez questão de dizer e repetir que a autoria não era dele, mas dos “dois conhecidos e reconhecidos advogados de presos políticos” – condição que talvez justificasse a ousada proposta de punição. Do mesmo modo, a referência condenatória que fez ao tema da tortura, ao lançar para o futuro a possibilidade de se anistiar ou não o torturador, não punha em risco a aprovação do projeto do governo.

Assim, o substitutivo apresentado no parecer de Ernani Satyro ao projeto de Figueiredo foi aprovado pela Comissão Mista, com algumas modificações, por 13 votos arenistas contra 8 de parlamentares do MDB.

PLENÁRIO

Cinco dias após sua aprovação na Comissão Mista, o projeto chegou ao plenário do Congresso Nacional. Deputados e senadores vinham sendo objeto de todo tipo de pressão. Amplas reuniões,

43 Congresso Nacional. *Op. cit.* p. 700.

44 Congresso Nacional. *Op. cit.* p. 696-697.

45 Roberto Freire. Desanistia: Freire compara ministro Tarso Genro a Felinto Muller. Entrevista a Valéria de Oliveira publicada no portal nacional do Partido Popular Socialista em 08/08/2008 <<http://portal.pps.org.br/portal/showData/100614>>.

com diversas categorias interessadas em obter anistia, eram feitas no próprio parlamento⁴⁶. Além dos diretamente interessados e das inúmeras organizações pró-anistia, entidades representativas também se manifestaram.

As galerias, na sessão do dia 22 de agosto, foram ocupadas, logo cedo, por recrutas à paisana – uma tentativa governista de evitar impropérios contra os arenistas.

A posição da OAB, na época, discrepa da que inspirou o pedido protocolado no STF em 2008. O vice-presidente da entidade, José Paulo Pertence, encaminhou documento que mencionava a equivalência que muitos então fizeram entre a violência dos torturadores (agravada pela indefensabilidade da vítima, pelo caráter abjeto da tortura etc.) e dos que optaram pela luta armada (atenuada pelo suposto romantismo dos jovens tresloucados, sem outras opções de luta etc.). Ele considerava que o projeto impunha “a anistia da tortura oficial” e, por isso, não seria admissível “que o ódio repressivo continue a manter no cárcere umas poucas

dezenas de moços, a quem a insensatez da luta armada pareceu, em anos de desespero, a única alternativa para a alienação política a que a nação fora reduzida”⁴⁷. Também a seção do estado do Rio de Janeiro considerava que, em se perdoando os torturadores, não cabia a exclusão daqueles “que também se excederam empregando a violência política” – conforme registrou parecer assinado por Hélio Saboya Ribeiro dos Santos, Técio Lins e Silva e Fernando Barros da Silva⁴⁸. A seção de São Paulo da OAB foi ainda mais clara: “ou se excluem os torturadores, afastando-se o crime conexo do elenco dos anistiados, ou se estende a anistia a todos, sem restrições”. No documento que elaboraram a respeito, Miguel Reale Junior, Nilton Silva Junior, José de Castro Bigi e Paulo Sérgio Leite Fernandes incluíram um anteprojeto que mantinha o perdão aos crimes conexos e anistiava aqueles que o regime chamava de “terroristas”⁴⁹.

Os debates no plenário do Congresso foram acalorados. O deputado Jáder Barbalho (MDB-PA) assegurou que a oposição não queria, “de forma alguma”, a revanche, mas não podia aceitar “que o substitutivo a ser votado beneficie torturadores, aqueles que mataram e que deveriam, ao contrário, garantir a segurança dos presos”⁵⁰. Muitos denunciaram a suposta dissimulação do projeto oficial: “o governo tem em vista, sobretudo, premiar os torturadores”, disse o deputado

46 Paulo de Mello Bastos. *Nos bastidores da anistia*. Rio de Janeiro: Ferreira Botelho, 1999. p. 33.

47 Congresso Nacional. Comissão Mista sobre Anistia. *Anistia*. Brasília: [Centro Gráfico do Senado Federal], 1982. Vol. 2, p. 434.

48 Congresso Nacional. *Op. cit.* p. 445-446.

49 *Idem*, p. 451-454.

50 *Idem*, p. 109.

Marcus Cunha (MDB-RS); seu colega do Rio de Janeiro, Walter Silva, disse que a referência aos crimes conexos tinha a finalidade única e exclusiva de anistiar “os torturadores que mataram em nome da repressão”; o senador Paulo Brossard (MDB-RS) comparou a tortura e o terrorismo: “a grande alegação para limitar a anistia foi de que o governo não anistiará terroristas (...). Qual a diferença que existe entre um terrorista e um torturador?” Para o deputado Magnus Guimarães (MDB-RS), o voto oposicionista em favor dos torturadores viria “na suposição de que se mande queimar as salas de tortura e o instrumental da sevícia”⁵¹.

As sessões de discussão do substitutivo, em 21 de agosto, e de votação da matéria, no dia seguinte, contaram com todos os ingredientes emocionais que marcariam as grandes votações no Congresso Nacional no término do regime militar. Na tarde do dia 21, um ato público em favor da anistia, na rampa do edifício do Congresso Nacional, foi dissolvido com bombas de gás lacrimogêneo. As galerias, na sessão do dia 22 de agosto, foram ocupadas, logo cedo, por recrutas à paisana – uma tentativa governista de evitar impérios contra os arenistas. A manobra falhou porque, denunciada, resultou na retirada dos recrutas. Vaiados por manifestantes que, afinal, conseguiram ocupar as galerias, alguns arenistas tentavam ocultar-se no fundo do plenário, mas seus pronunciamentos eram recebidos com gritos e acusações. A menção ao nome do antigo secretário de Segurança Pública de São Paulo, o coronel Erasmo Dias (Arena-SP), foi recebida com gritos de “assassino!”. A mesa não conseguia entender o que dizia o discreto Célio Borja (Arena-RJ), que procurava proteger-se nas últimas fileiras de poltronas para pronunciar, constrangido, seu “não” à anistia ampla: é que o deputado Pedro Simon (MDB-RS) gritava “sim” quando o nome de Borja era chamado⁵².

Na tribuna, discursos candentes mobilizavam a tópica parlamentar tradicional: apelos pungentes, acusações graves, louvores da oposição aos dissidentes da Arena. O deputado Djalma Marinho (Arena-RN) – que mantinha certa independência resguardando-se do governo com suas conhecidas posições liberais – observava silencioso os elogios da oposição à sua emenda, que modificava o substitutivo de Ernani Satyro. É que, diante da total impossibilidade de aprovar o seu próprio substitutivo, a maioria dos parlamentares do MDB tentou aprovar a proposta de Marinho, que, segundo seu autor, era a única que propunha uma anistia irrestrita porque “o projeto da oposição não anistiava os torturadores. O projeto do governo não anistiava parte dos terroristas. Era como se cada lado protegesse a sua violência. Só minha emenda anistiava todos”⁵³.

51 *Idem*, páginas 36, 143, 189-191 e 59, respectivamente.

52 Carlos Alberto Sardenberg. “O girondino Djalma”. *ISTOÉ*, ano 4, nº 140, 29 ago. 1979. p. 11.

53 *Idem*.

O apoio da maioria dos emedebistas à proposta governamental vinha sendo noticiado havia algum tempo. No início de julho, perguntado se o MDB votaria com o governo, Marcelo Cerqueira disse que sim e argumentou: “se o governo mandar um projeto diminuindo em um ano a pena de um companheiro, eu votaria a favor”⁵⁴. Entretanto, nem toda a bancada do MDB concordava com o encaminhamento da liderança em favor da emenda de Djalma Marinho: 29 parlamentares emedebistas recusavam-se a aprovar a proposta governamental⁵⁵, mas a liderança do MDB considerou que a emenda de Marinho, vinda de um governista, poderia sensibilizar os arenistas. Assim, com o apoio do MDB e pelo voto simbólico das lideranças, primeiro a Câmara e o Senado aprovaram o substitutivo de Ernani Satyro⁵⁶. Na sequência, o MDB desistiu de todos os seus destaques, requerendo, apenas, a votação da emenda de Djalma Marinho que, por meio de uma pequena alteração dos parágrafos do artigo 1º, mantinha os benefícios aos responsáveis pela repressão do regime militar, mas também anistiava aqueles que o projeto original pretendia eliminar. A proposta de Marinho de fato conseguiu atrair o apoio de 14 arenistas, obtendo 202 votos, mas foi derrotada por pequena margem, já que 206 deputados votaram contra⁵⁷. Ainda que a emenda de Marinho passasse na Câmara, seria certamente derrubada na votação seguinte no Senado (sendo uma sessão conjunta, as votações das duas casas seriam feitas por meio de chamadas em separado dos deputados e dos senadores). O governo contava com maioria folgada no Senado graças aos 22 senadores eleitos indiretamente, os chamados “biônicos”⁵⁸.

Como lembrou o brasilianista Thomas Skidmore – que entrevistou muitos dos personagens mencionados –, a anistia foi negociada:

(...) foi uma transação política. Os líderes da oposição sabiam que só podiam passar a um regime aberto com a cooperação dos militares. Poderia haver futuras tentativas de reabrir a questão, especialmente por parte daqueles mais próximos das vítimas da tortura. Mas por enquanto os políticos brasileiros receberam uma lição, para o melhor ou o pior, sobre a arte da “conciliação”⁵⁹.

54 *Movimento*, 2-7 jul. 1979, p. 8 *apud* Heloisa Amélia Greco. *Op. cit.* p. 285.

55 Congresso Nacional. *Op. cit.* p. 237-238.

56 Congresso Nacional. *Op. cit.* p. 199-200.

57 Congresso Nacional. *Op. cit.*, p. 231.

58 Armando Rolemberg e Ricardo Pereira. “A batalha no Congresso”. *ISTOÉ*, ano 4, nº 140, 29 ago. 1979. p. 9-14.

59 Thomas Skidmore. *Brasil: de Castelo a Tancredo*. 1964-1985. Tradução de Mário Salviano Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 426.

Aliás, as negociações sobre a anistia continuariam após a sua aprovação⁶⁰. O consultor-geral da República, Clóvis Ramalhete, que havia dado a redação final ao projeto e ao decreto que regulamentou a lei, sugeria que os anistiados “requeressem seus direitos”. Sua atuação seria elogiada pela oposição porque seus pareceres ampliavam a anistia⁶¹.

Pode-se alegar, com razão, que as negociações parlamentares, num regime autoritário, se dão entre partes que detêm recursos muito diferenciados:

(...) há uma disparidade na correlação de forças e na distribuição de poder (...), ou seja, a distribuição dos recursos de poder não é equitativa. Além do mais, a extrema concentração dos recursos de coação em mãos militares torna a correlação de forças no interior das Forças Armadas muito mais importante na determinação dos eventos do que a que possa ocorrer entre os grupos militares e os da oposição civil⁶².

Ainda assim, como se vê pela posição de seus 29 parlamentares mais renitentes, o MDB tinha a opção de votar contra ou de abster-se, mas optou por participar do processo parlamentar de aprovação da anistia, aprovando o substitutivo da Comissão Mista, e não o fez sob coação. No encerramento dos trabalhos da comissão mista, lamentando o resultado, Pedro Simon disse não ter sentido nenhuma ameaça:

Nem do presidente da República, nem de militares, de ninguém. Acho que este Congresso votou [Simon está se referindo, na verdade, à votação na Comissão Mista] livre e soberanamente. Não senti pairar, nem nos jornais, nem nas entrelinhas de jornais, nem nos corredores, jamais, uma afirmativa de que o presidente da República, os ministros do Exército, da Marinha, da Aeronáutica pressionaram o Congresso neste projeto da anistia. Ele votou livre e soberanamente. E não se diga que a legislação proibia a este Congresso aprimorar este projeto. Também não. Nós não o aprimoramos porque nós não quisemos, não o melhoramos porque nós não quisemos⁶³.

Com o passar do tempo, estabeleceu-se a leitura de que o “perdão aos torturadores” foi o preço a pagar para que a anistia fosse aprovada. Segundo Mello Bastos, líder sindical e tenente-coronel aviador da reserva, “quando foi enviada a mensagem ao Congresso, o projeto já contemplava a maior preocupação da ditadura: a reciprocidade para os militares que cometeram os chocantes

60 Sobre os desdobramentos da anistia consultar Glenda Mezarobba. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências. Um estudo do caso brasileiro.* Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Política da USP. São Paulo, 2003.

61 Marcelo Cerqueira. “Prefácio”. Paulo de Mello Bastos. *Op. cit.* p. 15.

62 Gláucio Ary Dillon Soares, Maria Celina D’Araújo e Celso Castro. *Op. cit.* p. 35.

63 Congresso Nacional. *Op. cit.* p. 742.

excessos. Era o preço.⁶⁴ Em 1981, o então presidente da Associação Brasileira de Imprensa (ABI), Barbosa Lima Sobrinho, afirmou:

Por mais que digam que não há anistia para torturadores, e considere até simpática a tese que assim se apresenta, não tenho dúvida de que para eles também existe anistia, nem sei se ela teria sido decretada, se não houvesse a intenção de protegê-los com a certeza da impunidade. Nunca teria sido decretada a anistia, se ela não viesse com a intenção de ser recíproca⁶⁵.

Para José Genoíno, “toda a transição foi pactuada no sentido de não julgar os envolvidos na repressão política. Tanto que isso não aconteceu nem depois do fim da ditadura. A anistia foi combinada nessa linha”⁶⁶. Para Roberto Freire,

a Lei de Anistia no Brasil foi embasada na lógica de que os chamados crimes conexos eram para atender, exatamente, o esquecimento que a palavra anistia significa para eles também. A teoria construída não foi de que eles estariam fora do amparo da lei; ao contrário, eles eram como um reverso do verso que era a anistia para os que haviam combatido a ditadura⁶⁷.

Segundo o general Leônidas Pires Gonçalves, Tancredo Neves foi admitido como primeiro presidente da República após o fim do regime militar também porque ele comungava do princípio básico que presidiu a aprovação da anistia: “a maioria [dos militares] tinha o sentimento de que retaliação não viria dali”⁶⁸. Vinte anos após a aprovação da Lei da Anistia, Dalmo Dallari, professor de Direito ativo na defesa dos Direitos Humanos, reconheceu que

Nós sabíamos que seria inevitável aceitar limitações e admitir que criminosos participantes do governo ou protegidos por ele escapassem da punição que mereciam por justiça, mas considerávamos conveniente aceitar essa distorção, pelo benefício que resultaria aos perseguidos e às suas famílias e pela perspectiva de que teríamos ao nosso lado companheiros de indiscutível vocação democrática e amadurecidos pela experiência⁶⁹.

64 Paulo de Mello Bastos. *Op. cit.* p. 32.

65 Barbosa Lima Sobrinho. “Em torno do revanchismo”. *Jornal do Brasil*, 8 mar. 1981, p. 11 *apud* Heloisa Amélia Greco. *Op. cit.* p. 366.

66 Ronaldo Costa Couto. *Op. cit.* p. 228.

67 Roberto Freire. *Op. cit.*

68 Ronaldo Costa Couto. *Op. cit.* p. 242.

69 Depoimento intitulado “Anistia: esquecimento legal, memória de fato”, que deu à matéria “20 anos: anistia não é esquecimento”, publicada em 28 de agosto de 1999 no site da Fundação Perseu Abramo <<http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=1839>>.



Quando o MDB aprovou o substitutivo de Ernani Satyro e depositou suas últimas esperanças na aprovação da emenda de Djalma Marinho, comprometeu-se com a cláusula que mais preocupava os militares. Tanto o substitutivo como a emenda contemplavam não apenas o “perdão aos torturadores”, mas selavam o pacto básico da transição ao garantir que, superada a ditadura, os que a implantaram e a conduziram não seriam punidos por seus atos arbitrários. Não era apenas o crime de tortura que preocupava os militares, mas toda sorte de irregularidades cometidas ao longo da ditadura por oficiais de diversas patentes. O caráter sibilino da referência aos “crimes conexos” não encobria apenas a inclusão dos torturadores, mas abrangia todos os crimes praticados pelos militares por motivação política, inclusive aqueles que afrontaram o ordenamento jurídico brasileiro com as diretrizes secretas que criaram o sistema de repressão – ordens emanadas dos gabinetes de oficiais generais.



DOCUMENTOS

**SENTENÇA DO SEGUNDO TRIBUNAL
INTERNACIONAL PARA A APLICAÇÃO DA
JUSTIÇA RESTAURATIVA EM EL SALVADOR**

**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS CASO GOMES LUND E OUTROS
("GUERRILHA DO ARAGUAI) VS. BRASIL
SENTENÇA DE 24 DE NOVEMBRO DE 2010
(EXCEÇÕES PRELIMINARES, MÉRITO,
REPARAÇÕES E CUSTAS)**

**VOTO FUNDAMENTADO DO JUIZ *AD HOC*
ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS
COM RELAÇÃO À SENTENÇA DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
NO CASO GOMES LUND E OUTROS
("GUERRILHA DO ARAGUAIA") VS. BRASIL DE
24 DE NOVEMBRO DE 2010**



SENTENÇA DO SEGUNDO TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM EL SALVADOR

DITADA NA CIDADE DE SUCHITOTO, DEPARTAMENTO DE CUSCATLÁN, EM 10 DE ABRIL DE 2010

I. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Presidente: Sr. José María Tomás, magistrado, presidente da Câmara de Recurso de Valência e presidente da Fundação pela Justiça de Valência (Espanha).
- Vice-presidente: Sra. Gloria Giralte de García Prieto, salvadorenha, vítima e lutadora pela justiça.
- Juízes:
 - Sra. Sueli Aparecida Bellato, advogada e vice-presidente da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça do Brasil;
 - Sr. Belisário dos Santos Jr., advogado, membro da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos da Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República, ex-secretário da Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, Brasil, e membro da Comissão Internacional de Juristas;
 - Sr. Ricardo Iglesias, salvadorenho, advogado, consultor de direitos humanos e membro da Associação Americana de Juristas;
 - Sr. José Ramón Juaniz, advogado, ex-presidente da Abogados del Mundo de Valencia, Espanha.
- Secretário: Sr. Henry Paul Fino Solórzano.

- Advogados das vítimas:
 - Sr. Elí Callejas Madrid
 - Sra. Mirla Guadalupe Carbajal Orellana
 - Sra. Silvia Patricia Cuéllar Iraheta
 - Sra. Claudia Hernández Galindo
 - Sra. Ana María Joma Sales
 - Sra. Evangelina Martínez
 - Sr. Pedro Antonio Martínez González
 - Sr. Javier Alberto Melgar Molina
 - Sr. Fausto Payés Guzmán
 - Sra. Gilma Lissette Pérez Valladares

- Relatores do Estado: Sr. Iñaki Juaniz Velilla e Sra. Astrid Valencia.

II. LEGITIMIDADE E COMPROMISSO¹

A primeira e a última razão de ser do segundo Tribunal internacional para a Aplicação da Justiça Restaurativa em El Salvador encontram-se na demanda das vítimas; esse é o fator determinante para sua convocação. Além disso, há a necessidade de complementar o trabalho da Comissão da Verdade². Isso gera um esforço que deve ser feito com imaginação e perseverança. Daí a fundada decisão de aproximar esse Tribunal das vítimas. O desafio assumido é o de produzir um documento, legalmente fundamentado, que não se distancie da emoção dos fatos e nem da palavra das vítimas. Porque há coisas que temos o direito de não esquecer e outras que temos o dever de não esquecer.

A característica essencial da universalidade dos direitos humanos – muito bem definida pela Conferência de Viena de 1993 – estabelece para a comunidade internacional a obrigação de compreender, analisar e gerar sugestões para superar situações nacionais de graves violações dos direitos humanos como as que ocorreram recentemente em El Salvador e que serão apresentadas diante deste Tribunal. Isso respalda seu caráter internacional. E seu sentido universal radica em

¹ Compromisso do Tribunal Internacional para a Aplicação da Justiça Restaurativa em El Salvador, expresso por seu presidente em nome de todos os membros.

² Negociada e acordada no México, D. F., em 27 de abril de 1990, pelas partes beligerantes. Composta por três peritos internacionais nomeados pelo secretário geral das Nações Unidas para investigar os “atos graves de violência ocorridos desde 1980, cujo impacto sobre a sociedade reclama urgentemente o conhecimento público da verdade”; recomendar “disposições de ordem legal, política ou administrativa” fruto “dos resultados da investigação”, com medidas destinadas a evitar a repetição de tais atos, assim como iniciativas voltadas para a reconciliação nacional. As partes se ofereceram voluntariamente para facilitar “o acesso às fontes de informação ao seu alcance” e “cumprir com as recomendações da Comissão”. Sobre ações judiciais e legais, concordaram que o estabelecido pela Comissão não impedia “a investigação ordinária de qualquer situação ou caso, tenham sido esses ou não investigados pela Comissão, assim como a aplicação das disposições legais pertinentes a qualquer ato contrário à lei”. O Acordo de Chapultepec determinou “a necessidade de esclarecer e superar todo o assinalamento de impunidade de oficiais das Forças Armadas, especialmente nos casos em que está comprometido o respeito aos direitos humanos (...) fatos dessa natureza, independentemente do setor a que pertencem seus autores, devem ser objeto da atuação exemplar dos tribunais de Justiça, de modo que se aplique aos responsáveis as sanções contempladas pela lei”.

protagonizar os excluídos e excluídas para ajudar a superar o flagelo da história humana que constitui em ignorar as vítimas.

Nos três países, dos membros que contribuem com o Tribunal, está sendo promovida, em vários níveis, a luta para recuperar e preservar sua memória histórica. Não é por acaso então a presença de representantes de Espanha, Brasil e, naturalmente, El Salvador; nessas três nações, continua presente a demanda pela vigência dos direitos à verdade e à reparação das vítimas de graves violações de direitos humanos, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, direitos que têm seu marco estabelecido na norma internacional.

Denunciar os fatos ocorridos no passado é condição necessária para combater a impunidade que ainda protege os seus responsáveis no presente. Assim, cabe a este Tribunal determinar o dever do Estado salvadorenho – sob os ditames da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – de investigar as graves violações da dignidade humana, que deriva de sua obrigação geral de garantir o pleno respeito dos direitos humanos consagrados nesse instrumento regional. A impunidade vulnera, corrompe e polui a democracia, fragiliza as instituições e gera mais violência. Portanto, a voz das vítimas que exigem justiça fortalece a democracia e constitui a legítima expressão do Estado de Direito.

Convocado pela segunda vez por aqueles que sofreram e ainda sofrem na carne a arbitrária ignorância de suas reivindicações legítimas, adquire uma relevância maior o impulso desse esforço em Suchitoto. Nessa bela cidade e em seus arredores, foi produzida parte daquelas violações gravíssimas que nestas sessões serão conhecidas. Nesse cenário, reafirmamos o compromisso deste Tribunal com o cumprimento de suas decisões e recomendações feitas durante as sessões desenvolvidas em março de 2009, também com a realização das que se incluem nesta sentença. Por isso, antes de iniciar o desenvolvimento substancial deste evento, pedimos que todas e todos colaborem para que nossas decisões e recomendações tenham uma resposta satisfatória para os senhores e senhoras e para a sociedade em geral.

Reafirmamos também o compromisso que, desde 2009, nos fixamos como Tribunal moral, como grupo de peritos e como indivíduos perante os Senhores – vítimas de violações graves de direitos humanos – e também ante as instituições do Estado salvadorenho, de seguir colaborando com o processo de busca e reconhecimento da verdade e a reparação integral para cada um dos indivíduos e dos grupos sociais que ainda esperam o que merecem. Queremos servir-lhes de porta vozes da verdade nos espaços e países que visitemos.

Dito isso, fica instalado formalmente o segundo Tribunal Internacional para a Aplicação da Justiça Restaurativa em El Salvador. Permitam-nos que outorguemos a presidência deste Tribunal às vítimas.

III. JUSTIFICATIVA

Ao iniciar as sessões, demandamos uma palavra esclarecedora sobre o necessário respeito pela dignidade das vítimas e sua importância para o resgate da memória histórica do povo salvadorenho, no sentido de avançar à instauração de uma sociedade pacífica baseada na verdade e na justiça. Para isso compareceu o senhor reitor da Universidade Centro Americana “José Simeón Cañas” (UCA), José María Tojeira Pelayo, s.j., que disse o seguinte:

Há que se resgatar os valores das vítimas, o valor do monsenhor Óscar Arnulfo Romero, o valor das e dos mártires da UCA, o valor de pessoas massacradas em diversos lugares do país. A dívida com elas é enorme. Essas vítimas – Romero, os jesuítas, as religiosas estadunidenses – são pessoas que continuam nos dando vida precisamente por causa do compromisso assumido para com as vítimas de seu tempo, vítimas que nos deixaram um conjunto de valores que ainda são potenciais e que ainda estão na gênese; que estão se engendrando e que este Tribunal nos ajuda a recuperar. Valores indispensáveis para a convivência cidadã.

Perdemos a capacidade de indignação. Acabamos vendo o mal, a violência e o assassinato como parte do panorama normal do país. As vítimas nos lembram o direito à indignação: um enorme valor do ponto de vista dos cidadãos, do ponto de vista da convivência social, da capacidade de ter coesão social em um país. As vítimas nos despertam essa fome e essa sede de justiça que podem dar sentido à nossa existência. As vítimas despertam em nós um profundo sentimento de compaixão e de solidariedade. Sem solidariedade, acredito que nenhuma sociedade humana pode se perpetuar, nem existir. As vítimas geram capacidade de reconciliação. Reconciliação que é, sobretudo, devolver a verdade à própria sociedade dizendo não apenas como as coisas são, mas dizendo quem é o gerador de valores na sociedade: a vítima, e quem é o gerador de antivalores, quem é o gerador do que destrói a humanidade: o autor.

Devolver essa verdade profunda reconcilia a sociedade consigo mesma. Os valores da memória. A memória é, especialmente, o que está recuperando esse significado. Mas a memória era considerada, antigamente diziam, uma das potências da alma. A memória é o sinal fundamental da identidade das pessoas, não há identidade sem memória; não há identidade social sem memória. Hoje celebramos monsenhor Romero. Ontem chorávamos, hoje comemoramos com alegria porque vemos que a força das vítimas supera em muito o poder dos criminosos. Todos esses valores são indispensáveis para a vida democrática, para a vida social, para a coesão da cidadania.

O Tribunal Internacional para a Aplicação da Justiça Restaurativa em El Salvador não só vem para fazer justiça como, também, de alguma forma, para pagar uma dívida, uma dívida para com as vítimas que têm legado valores, que nos têm legado capacidades profundas, capacidades para melhorar e para ser pessoas melhores. Se nós queremos um país de pessoas dignas, temos que saber agradecer todos esses valores que as vítimas nos têm legado. E o agradecimento deve converter-se sempre em um compromisso na construção de um país sem impunidade. A impunidade continua sendo uma das pragas mais terríveis em El Salvador.

Aproximar a justiça e a dignidade à realidade, passa pelo reconhecimento dos valores das vítimas. Senhores do Tribunal, muito obrigado pela presença solidária entre nós. Amigos e Amigas, que estes eventos e estes momentos que estamos vivendo com intensidade - a lembrança das vítimas que nos encham hoje de agradecimento pelo seu testemunho, que nos encorajam de sua capacidade humana para enfrentar o mal - nos ajudem a continuar nesta luta generosa e pacífica para construir um El Salvador melhor.

Tinha que informar sobre o destino das decisões e das recomendações emitidas em março de 2009; também acerca das condições do país nas quais se desenvolveu o segundo Tribunal. Em virtude disso, ouviu-se o diretor do Instituto de Direitos Humanos da Universidade Centro Americana “José Simeón Cañas” (IDHUCA), senhor Dom José Benjamín Cuéllar Martínez. Sua participação é dada abaixo:

Quando o primeiro Tribunal para a Aplicação da Justiça Restaurativa de El Salvador emitiu sua sentença no ano passado, no país haviam ocorrido mudanças nos órgãos Executivo, Legislativo e Judiciário; estava pendente, também, a eleição do novo procurador geral da República. Essas renovações tem sido um fator que tem impedido lograr o cumprimento integral dessa decisão, mas assumimos o desafio proposto pelo senhor presidente do Tribunal para que se acatem todas as decisões e recomendações do Tribunal anterior e as do que começa agora.

Há três coisas importantes que já foram promovidas na sentença anterior:

A primeira é a elaboração do relatório que foi apresentado no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas – em fevereiro deste ano – a respeito da situação da justiça de transição em El Salvador, no marco do mecanismo conhecido como Revisão Periódica Universal. Este organismo fez 118 (cento e dezoito) recomendações ao Estado salvadorenho, com o objetivo de melhorar a situação dos direitos humanos. Na audiência realizada, o Estado se comprometeu a cumprir oitenta recomendações e a examinar posteriormente o resto, uma das quais é a revogação da anistia.

Por isso, também em cumprimento da sentença emitida no ano passado, com um grupo de vítimas junto aos membros do Tribunal, ontem tentamos introduzir uma peça de correspondência na Assembleia Legislativa de El Salvador, pedindo a revogação ou a anulação da chamada “Lei de anistia geral para a consolidação da paz” e a aprovação – na mesma sessão – da Lei para a dignidade das vítimas e da sociedade salvadorenha. Nenhum deputado nos apoiou, mas isso não significa que não vamos continuar com essa luta. Melhor, porque assim as pessoas e as instituições podem aderir à iniciativa³.

Em terceiro lugar, o destaque do que foi realizado é o julgamento de alguns processos apresentados ao Tribunal no ano passado, sobre os quais se emitiu sentença⁴. Comprometemo-nos com a UCA e o IDHUCA a fazer uma chamada à sociedade salvadorenha para que se dignifique, porque enquanto houver vítimas sem justiça a sociedade salvadorenha não será democrática, não respeitará os direitos humanos e não se reconciliará e nem viverá em paz.

A verdade, eu penso, foi a primeira vítima do pós-guerra. Ela foi assassinada em 20 de março de 1993, quando a Assembleia Legislativa aprovou a anistia. Isso ocorreu também em 1932, depois que foram executadas cerca de trinta mil pessoas, sobretudo indígenas. A solução que o Estado salvadorenho deu ao problema foi a concessão de anistia aos autores dos crimes ocorridos e o menosprezo às vítimas. Por isso, a matança começou quarenta anos antes.

Após o fim da guerra, a princípios de 1992, a historia se repetiu e agora corremos o risco de sofrer outra tragédia em quatro ou quem sabe quantas décadas mais tarde. Devemos impedir que isso aconteça novamente. E não voltará a acontecer se nos unirmos à procura da verdade, justiça e reparação integral para as vítimas; só assim se conseguirá cumprir os compromissos pendentes que adquiriram as partes beligerantes – governo salvadorenho e guerrilha – quando assinaram o Acordo de Genebra em 04 de abril de 1990: o respeito irrestrito dos direitos humanos, a democratização do país e a reunificação social.

IV. CASOS

Os quatro tipos de violação grave dos direitos humanos submetidos à apreciação do Tribunal foram os seguintes: massacres, desaparecimentos forçados, execuções sumárias e torturas. É importante destacar o impacto desses fatos sobre a vida de uma população em condições

3 Quarta-feira, 07 de abril de 2009 Ver: <<http://www.diariocolatino.com/es/20100408/nacionales/78698/>>.

4 Ver: <<http://www.diariocolatino.com/es/20100408/nacionales/78697/>>.

de vulnerabilidade, especialmente por duas de suas manifestações: por pertencer aos setores sociais mais excluídos e por sua posição crítica ao regime.

A) Massacre em Cantón Copapayo

A) FATOS

Ocorrido em Cantón Copapayo, município de Suchitoto, distrito de Cuscatlán. A área de operação realizada pelas forças governamentais combinadas⁵ se encontra nas proximidades da estratégica central hidrelétrica “Cerrón Grande”. Os fatos ocorreram entre 4 e 5 de novembro de 1983. Foram cerca de 160 vítimas mortais, além de danos físicos e morais às pessoas sobreviventes, aos seus cultivos e seus animais de criação. Esse massacre não foi examinado pela Comissão da Verdade.

Às nove horas da manhã do primeiro dia, aproximadamente, iniciaram as ações de perseguição e repressão no contexto da estratégia de “terra arrasada” utilizada em vários países da região, como parte da doutrina de contrainsurgência projetada nos Estados Unidos da América durante a administração do presidente Ronald Reagan e continuada pelo seu sucessor George Bush. Para a execução de tais práticas criminosas, oficiais das Forças Armadas de El Salvador foram treinados naquele país.

Perseguida pelo governo, a população se mobilizou a procura de refúgio. Assim, centenas de famílias camponesas se esconderam durante várias semanas nas colinas das imediações. Um grande grupo de pessoas tentou se proteger nas proximidades do lago Suchitlán, enquanto a maioria já o havia atravessado e foi se esconder no outro extremo, no departamento de Chalatenango; esses grupos que lograram salvar-se se mobilizaram por meio de canoas⁶. No entanto, o enorme esforço realizado influenciou para que muitas pessoas – cansadas e famintas – decidissem voltar às suas casas em busca de alimentos. De suas perspectivas, achavam que o cantón Copapayo não estava sendo assediado pelos militares e os outros agentes estatais, por isso decidiram voltar. Não obstante, o Batalhão de Infantaria de Resposta Imediata “Atlatl”⁷ esperava pacientemente pelo retorno para destruí-las. Foi assim que dezenas de pessoas foram assassinadas e as que tentaram fugir novamente de canoa também morreram atingidas pelas balas ou se afogaram no lago Suchitlán.

5 Forças Armadas de El Salvador, grupos de segurança e organizações paramilitares.

6 Pequenas embarcações rústicas feitas de madeira para transporte em rios e lagos.

7 Não há documentação oficial que comprove a participação deste ou de qualquer outro batalhão no massacre. A população camponesa identifica o “Atlatl” como o responsável por muitos massacres, pois no quadro das dificuldades para localizar a que unidade pertenciam as forças repressivas, pela falta de informação e camuflagem com que atuavam seus membros, é comum que as pessoas o indiquem, sobretudo depois de ter sido responsável por algumas das outras conhecidas dentro e fora do país como a de El Mozote, distrito de Morazán. É possível que as vítimas tenham razão, porque as funções do “Atlatl” contemplavam a sua rápida mobilização para qualquer lugar do território nacional; portanto, quase exatamente seis anos depois, invadiu a Universidade Centro Americana “José Simeón Cañas” (UCA) para executar Elba Julia Ramos e Celina Mariceth, sua filha adolescente, juntamente com seis sacerdotes jesuítas.



Um grupo de pessoas decidiu se entregar no dia seguinte, cinco de novembro, temendo o mesmo destino. Foi capturado e levado para a aldeia de San Nicolás, a poucos quilômetros do lugar onde havia ocorrido o massacre anterior. Todas as vítimas eram “enfileiradas” de vinte em vinte, aproximadamente, para serem metralhadas a sangue frio. Antes de exterminá-las, os militares e seus cúmplices estupraram as mulheres mais jovens e deixaram seus corpos abandonados nos lugares onde realizaram os crimes. Nesse caso, famílias inteiras morreram. Algumas pessoas sobreviveram porque conseguiram se esconder entre os cadáveres, fingindo-se de mortos, depois fugiram do local quando os agentes do Estado se retiraram acreditando ter acabado com todos os “objetivos” da operação militar.

B) ELEMENTOS PROBATÓRIOS

- I. Declaração da testemunha Rogelio Miranda, vítima sobrevivente, filho de Teodoro Miranda e Teresa de Jesus Ayala, que foram mortos no massacre.
- II. Declaração da testemunha Benigno Ayala Loyola, tio de Rogelio Miranda.
- III. Documentos e material de vídeos apresentados ao Tribunal.

B) Desaparecimentos forçados de Francisco Arnulfo Ventura Reyes e José Humberto Mejía

A) FATOS

Francisco Arnulfo Ventura Reyes, filho de Paula de Jesús Ventura, era um jovem estudante do curso de Ciências Jurídicas na Universidade de El Salvador. Desapareceu em 22 de janeiro de 1980, às vésperas do início da guerra no país. Francisco participou de uma manifestação que saiu da instituição pública de ensino superior em direção ao centro de San Salvador. A marcha de protesto foi violentamente reprimida pelos contingentes das forças de segurança. Por volta das duas ou duas e meia da tarde, aproximadamente, ele e José Humberto Mejía – outro estudante – voltavam para a universidade supracitada depois de ter participado da manifestação; no caminho, passaram em frente à entrada principal da sede diplomática dos Estados Unidos da América, localizada então na 25ª Avenida Norte da capital, San Salvador.

Ambos os jovens foram detidos na porta principal da embaixada por membros da Guarda Nacional e por fuzileiros navais estadunidenses, também conhecidos como “marinheiros”. Imediatamente foram levados para o local de estacionamento, onde permaneceram alguns minutos sob a custódia de seus captores; logo depois, um carro particular entrou no local e os guardas nacionais

os entregaram a uns homens, não identificados, em trajes civis que os levaram dentro do portamalas do carro. Essa foi a última vez que os estudantes foram vistos; até agora, nem mesmo os seus corpos foram localizados.

Na mesma tarde em que ocorreram os fatos, o irmão mais velho de Francisco Arnulfo – Santos René Ventura Reyes – iniciou sua busca; várias pessoas que presenciaram os fatos disseram-lhe que a sua família e José Humberto haviam sido capturadas em frente da embaixada estadunidense pelos “vigilantes”. No dia seguinte, a Associação Geral de Estudantes Universitários Salvadorenos (AGEUS) confirmou-lhe a notícia. A AGEUS apresentou à Sala Constitucional da Corte Suprema da Justiça um recurso de *habeas corpus*, na tentativa de rastrear o paradeiro dos dois; então nomeou-se como juiz executor o doutor Santiago Orellana Amador e como secretário dos trabalhos o bacharel Florentín Meléndez. Em declarações judiciais posteriores, esses profissionais alegaram ter entrevistado o Senhor Vytantos A. Dambrava – diretor da Agência de Comunicações Internacionais da sede diplomática – e o chefe de segurança da mesma, que concordaram em afirmar que estavam cientes da mencionada captura em suas instalações e que os “marinheiros” não haviam participado do fato; disseram também que os membros da Guarda Nacional que custodiavam a embaixada levaram os estudantes ao estacionamento para registrá-los e os mantiveram por lá até entregá-los aos agentes da força de segurança, que estavam usando calça militar verde-oliva e camisa de civis; estes últimos conduziam um veículo particular, disseram.

O doutor Orellana e o bacharel Meléndez entrevistaram também o coronel Eugenio Vides Casanova, então diretor geral da Guarda Nacional, que negou as acusações. O procurador geral dos pobres, doutor Mario Zamora Rivas, denunciou os fatos no Segundo Juizado Criminal de San Salvador; aí se receberam os depoimentos das famílias das vítimas e o juiz solicitou informação à Embaixada dos Estados Unidos sem obter qualquer resposta.

Em 22 de fevereiro de 1980, o Supremo Tribunal de Justiça remeteu certificação para o Segundo Juizado Criminal para instruir um processo com o objetivo de pesquisar o paradeiro dos presos. Na madrugada do dia seguinte, dia 23 de fevereiro, foi assassinado o procurador Zamora Rivas; após esse fato, não se tomou nenhuma medida judicial no caso dos jovens desaparecidos. Os advogados Orellana e Meléndez continuaram investigando, em especial com repetidas visitas a vários quartéis.

As famílias das vítimas procuraram em todos os lugares que puderam, inclusive nos lugares que apareciam cadáveres dentro da cidade de San Salvador e outras localidades; realizaram também inúmeros esforços para obter alguma informação sobre seu destino, entre os quais incluem visitas à sede da Cruz Vermelha Internacional e o envio de cartas aos diplomatas estadunidenses. Apesar de todos os esforços realizados, os estudantes Ventura Reyes e Mejía não foram encontrados.



B) ELEMENTOS PROBATÓRIOS

- I. Declaração da testemunha Santos René Ventura Reyes, irmão da vítima.
- II. Documentos apresentados ao Tribunal, inclusive o registrado no relatório da Comissão da Verdade sobre o caso.

C) Execução sumária de Mario Zamora Rivas

A) FATOS

Dr. Mario Zamora Rivas, maior de idade, advogado, salvadorenho, casado, natural do município de Cojutepeque, distrito de Cuscatlán, e domiciliado em San Salvador, foi executado em sua casa pelo “esquadrão da morte” em 23 de fevereiro de 1980. Na época de sua morte, exercia o cargo de procurador geral dos pobres e era um dos principais líderes do Partido Democrata Cristão (PDC).

Na noite anterior à execução do Dr. Zamora Rivas, em sua residência, houve uma reunião em que participaram cerca de sete pessoas; esta terminou à meia noite. Em seguida, inesperadamente, um grupo de seis pessoas invadiu o interior da casa pelo muro atrás da mesma. Seus rostos estavam cobertos com “máscara de esqui”; portavam pistolas com silenciadores e alguns rifles. Imediatamente, obrigaram todas as pessoas que ainda estavam no local a deitar-se no chão. Os invasores exigiram as chaves do portão externo, ao que Aronette Díaz – esposa da vítima – respondeu que não as tinha.

No momento dos fatos, também estava presente o filho mais velho da vítima, Mario Zamora Díaz, de oito anos de idade; ele foi protegido por sua mãe que o cobriu com seu corpo e sentiu quando ela foi chutada pelos algozes. A dolorosa e traumática experiência desse garoto, agora um homem de trinta e oito anos, também a conheceu este Tribunal, que escutou de viva voz os bons momentos que viveu com seu pai e como esse crime mudou a vida de sua família. “Naquela noite – narrou em Suchitoto – terminou o conto de fadas de uma família tão grande, tão bonita e daquele pai tão carinhoso e que as pessoas tanto amavam”.

O chefe do “esquadrão da morte” falou com sotaque estrangeiro – “o ‘cantadito’ *podia ser de ‘chapines*”, disse a viúva⁸ – e perguntou especificamente pelo Mario Zamora, que se identificou. Então o levantaram e o conduziram a outra parte da casa, ao mesmo tempo em que aumentaram

8 “Cantadito”: sotaque, “Chapines”: guatemaltecos.

o volume da música. Depois de assassinar o doutor Zamora Rivas, se retiraram da residência ordenadamente pela mesma via que adentraram.

Rubén Zamora Rivas, irmão da vítima, morava na casa ao lado e já havia ido dormir momentos antes da invasão dos indivíduos armados. Ao ouvir os gritos na casa ao lado, acordou pensando que a festa havia se estendido demais. Por isso, decidiu ir à casa de seu irmão. No entanto, a pedido de sua esposa, preferiu telefonar, mas a linha parecia estar “muda”⁹.

Quando os criminosos se retiraram do lugar, as pessoas que ainda não haviam saído da reunião começaram a procurar o dr. Mario Zamora Rivas; também telefonaram líderes do Partido Democrata Cristão, policiais e funcionários do governo, entre eles o coronel Eugenio Vides Casanova, diretor geral da Guarda Nacional. Nesse momento, o telefone da residência funcionou normalmente. No início, eles pensaram que ele havia sido sequestrado, mas ao revistar a casa, sua esposa o encontrou morto no banheiro.

Tudo isso ocorreu durante as primeiras horas do dia 23 de fevereiro de 1980. Horas depois, o Sétimo Tribunal Criminal de San Salvador aceitou a denúncia que o doutor Mario Zamora Rivas apresentou no Gabinete Geral da República quatro dias antes – no dia 19 do mesmo mês – acusando o major Roberto D’Aubuisson Arrieta por tê-lo difamado¹⁰.

A primeira patrulha das forças de segurança chegou ao local para fazer as investigações iniciais cerca de três ou quatro horas após a primeira denúncia. Embora tenha aberto um processo judicial para esse caso, nunca foi atribuída a ninguém a responsabilidade pelo crime e a causa foi arquivada em 1981. Entretanto, todos os olhares apontaram para a figura do major Roberto D’Aubuisson Arrieta – “o porta voz da morte”, nas palavras da viúva – que divulgava publicamente a identidade dos “inimigos do regime” para sua posterior execução.

9 A linha telefônica parou de funcionar durante quinze minutos, aproximadamente.

10 Identificado pela Comissão da Verdade como criador e líder dos “esquadrões da morte” em El Salvador; também foi o fundador do partido da Aliança Republicana Nacionalista (ARENA). No relatório desta Comissão se afirma o seguinte: “Poucos dias antes do assassinato, o major Roberto D’Aubuisson acusou publicamente Zamora e outros líderes do PDC de serem comunistas e membros do grupo guerrilheiro FPL <a prática utilizada para as acusações era a dos anúncios pagos tanto na televisão quanto na imprensa, bem como os discursos transmitidos pela televisão e pelo rádio>. Por esse motivo, Zamora, na sua qualidade de funcionário público, abriu um processo por difamação perante o tribunal contra D’Aubuisson e fundamentou o seu direito no dever de todo funcionário de responder judicialmente a uma acusação infundada. De acordo com o depoimento, essa era a primeira acusação que se fazia em El Salvador com o intuito de conter a ultradireita, por meio do uso de mecanismos penais da administração da justiça [...] Dois dias antes do assassinato de Zamora, foram crivados de balas dois colaboradores da Procuradoria que conduziam um veículo oficial. Algumas testemunhas relatam que foi um equívoco, porque a operação foi dirigida contra Zamora”. Ver: Belisario Betancur, et. al., “Cronología de la violencia”; DE LA LOCURA A LA ESPERANZA. A guerra de 12 anos em El Salvador, Relatório da Comissão da Verdade para El Salvador, Revista Estudios Centroamericanos (ECA), marzo 1993, Año XLVIII, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, San Salvador, p. 281.



B) ELEMENTOS PROBATÓRIOS

- I. Declaração da testemunha Aronette Díaz Pineda, viúva do Doutor Mario Zamora Rivas.
- II. Declaração da testemunha Mario Zamora Díaz, filho mais velho do Doutor Zamora Rivas.
- III. Declaração de José Luis Zamora Díaz, filho mais novo da vítima. Seu depoimento foi gravado antes do desenvolvimento das sessões do Tribunal e o vídeo apresentado quando o mesmo conheceu o caso.
- IV. Declaração da testemunha Jorge Alberto Villacorta Muñoz, membro do Parlamento Centro-americano e líder do Partido Democrata Cristão durante o tempo que ocorreram os fatos.
- V. Declaração da testemunha Rubén Zamora Rivas, irmão da vítima. Seu depoimento foi gravado antes do início das sessões do Tribunal e o vídeo foi apresentado quando o mesmo tomou conhecimento do caso.
- VI. Relatório Pericial da Licenciada em Psicologia María Marta Portillo de Álvarez.
- VII. Documentos apresentados ao Tribunal, incluindo o registrado no relatório da Comissão da Verdade sobre o caso, bem como a cópia registrada da denúncia apresentada pelo doutor Mario Zamora Rivas e o engenheiro Jorge Alberto Villacorta Muñoz, no Sétimo Tribunal Criminal de San Salvador, contra o major Roberto D'Aubuisson Arrieta.

D) Detenção ilegal e torturas em detrimento de Carlos Alberto Santos Menjívar e Rolando Ernesto González Morales

1) Caso: Carlos Alberto Santos Menjívar

A) FATOS

A vítima tinha quinze anos de idade e era estudante do ensino médio quando foi capturada em 9 de novembro de 1983 na cidade de San Miguel, por volta das cinco da tarde, pelo “esquadrão da morte” autointitulado “Maximiliano Hernández Martínez”¹¹; junto com ele, foram detidos

¹¹ General Maximiliano Hernández Martínez, responsável pelo massacre ocorrido em janeiro de 1932; afirma que foram executadas cerca de trinta mil pessoas, principalmente da população indígena e rural. Ditador entre 1930 e 1944.

seus amigos Fabricio Edmundo Santi e Jorge Mauricio López. Cerca de dez homens à paisana, portando metralhadoras, ordenaram-lhes que levantassem as mãos e depois que entrassem no veículo, no qual foram transportados; lá dentro, eles tiraram suas camisas e os vendaram com as mesmas.

Depois de percorrer lugares que não conseguiram identificar, devido à condição em que eram transportados, Fabricio Edmundo Santi foi descido do carro e teve seu fuzilamento simulado; em seguida, perguntaram aos três quem era seu “responsável”¹², onde estavam as armas e a que organização pertenciam. Ao chegar num lugar estranho, bateram neles para que descessem do carro e foram levados para um porão.

Carlos Alberto Santos Menjívar afirma que lhe puseram uma lona em seu rosto e que não conseguia respirar; foi espancado e torturado constantemente enquanto era interrogado. Os três jovens foram levados para o quartel de San Miguel, especificamente para a terceira Brigada de Infantaria; em seguida os conduziram a San Salvador, sempre sob a mira de fuzis e sob ameaça de que iriam matá-los se fossem atacados por guerrilheiros. Chegando à capital, continuaram com os interrogatórios e as torturas; não os deixavam dormir, além de obrigá-los a tomar drogas. Eles foram trancados em uma cela pequena, onde tomavam água do vaso sanitário. Após aproximadamente quinze dias de sua captura, Santos Menjívar foi levado à Penitenciária “La Esperanza” no município de Ayutuxtepeque, província de San Salvador. Dessa prisão, também conhecida como “Mariona”, saiu livre em junho de 1981 depois que a mãe da vítima entregou uma quantidade de dinheiro ao juiz militar responsável.

Depois de ter sofrido tudo isso, a vítima viajou para o México e depois para o Canadá. Nesse país, apresentou problemas psicológicos como resultado das humilhações sofridas e recebeu tratamento psiquiátrico; prescreveram-lhe remédios antidepressivos. Atualmente, os efeitos psicológicos pela tortura recebida ainda lhe afetam. Carlos Alberto Santos Menjívar, um jovem de quinze anos de idade, continuou desaparecido durante o período de sua detenção.

B) ELEMENTOS PROBATÓRIOS

I. Depoimento de Carlos Alberto Santos Menjívar, vítima.

2. Caso: Rolando Ernesto González MARTINEZ Morales

A) FATOS

Atualmente, a vítima tem quarenta e nove anos de idade. Ele foi capturado na manhã do dia 13 de janeiro de 1981, quando ainda não tinha vinte anos de idade. Foi privado de sua liberdade por soldados do Centro de Instrução de Transmissões das Forças Armadas (CITFA), que o levaram ao calabouço da Prefeitura Municipal de San Marcos – na província de San Salvador –, onde foi espancado e torturado. No dia seguinte, o mandaram ao quartel do CITFA e, mais tarde, junto com outros detentos, foi levado às instalações da Guarda Nacional; permaneceu lá por cinco dias, durante os quais foi vítima de várias torturas e submetido a interrogatórios.

Posteriormente, foi levado à Polícia Nacional, onde primeiramente foi deixado em um lugar conhecido como “porão” e depois na “meia lua”. Nesse local permaneceu aproximadamente por cinco dias, e depois colocaram-no em um calabouço junto com criminosos comuns. Em todos os locais onde permaneceu preso, foi vítima de tortura, dentre as quais se lembra ter ficado com os olhos vendados e as mãos amarradas; também se lembra de choques elétricos que aplicavam em seus dedos dos pés e as repetidas vezes em que a sua cabeça era submersa na água.

Permaneceu desaparecido nas instalações das forças de segurança durante quinze dias, sem que seus familiares fossem informados de sua prisão. Foi então transferido para a Penitenciária “La Esperanza”, conhecido como “Mariona”, onde se juntou ao Comitê de Presos Políticos de El Salvador.

B) ELEMENTOS PROBATÓRIOS

- I. Depoimento de Rolando Ernesto González Morales, vítima.

E) Múltiplas violações dos direitos humanos em detrimento de Roxana Hernández

Dada a gravidade dos fatos descritos e a representação fiel do ocorrido em El Salvador, maliciosamente ocultado por seus responsáveis diretos e indiretos, o Tribunal decidiu incluir na íntegra desta sentença o testemunho de Roxana Hernández. É uma história construída a partir das lembranças de uma infância dilacerada por aquela violência inexplicável para a mente de quem – agora uma mulher – não deixou que o sofrimento e o tempo sepultassem no esquecimento o que, por justiça, deve ser conhecido pela sociedade salvadorenha e pelo mundo. A narrativa do enorme prejuízo sofrido por esta senhora, quando era criança, é para o Tribunal a descrição do

horror e a prova nua e crua de uma dívida ainda não liquidada com ela e com todas as vítimas. Em seguida, se reproduz sua declaração, prestada durante a manhã de sábado, 10 de abril de 2010.

Bom dia, obrigada a todos. Se eu por acaso chorar, por favor, me desculpem. Sou Roxana Hernández, tenho trinta e quatro anos. Lembro-me de que era uma sexta-feira; meu pai trabalhava em 'Caminos'. A cada quinze dias ele voltava para casa. Todas as vezes que ele chegava nós saíamos da casa com a minha mãe para encontrá-lo. Nesse dia, deu seis horas, sete... e ele não chegou. Minha mãe disse: "Deve ter acontecido alguma coisa". Esperamos por ele a noite toda, e nada. No dia seguinte, minha mãe disse: "Vamos a Cinquera, talvez alguém nos diga alguma coisa". Ela pegou minha irmãzinha e eu. Quando estávamos subindo o morro para chegar a Cinquera, vimos vários soldados que estavam na entrada. Alguém disse à minha mãe: "Mataram o Marcos". Minha mãe quis ser forte. Apenas nos abraçou e lhe disseram: "Vamos levá-la onde ele está".

Andamos, subimos a colina; eles o tinham arrastado desde um riozinho em que estava até a colina. Ele levou um tiro na testa e outro no coração. E no tiro que atingiu a testa, eles haviam colado um 'cinco'¹³ para que não se percebesse o pequeno buraco. E havia muitos soldados cuidando e minha mãe lhes disse: "Para que vigiam ele, se já se saciaram". Disse-lhe outra senhora: "Vou levar as crianças para que a senhora resolva o caso de seu esposo". Quando descemos, bem pertinho do corpo do meu pai, estava uma senhora¹⁴ como se tivesse vindo da moagem de massa¹⁵ e colado toda a massa em seu corpo; ela tinha sido arrastada, igual como fizeram com o meu pai.

Fomos para a casa. Minha mãe fez todo o preparativo. Lembro-me que, como minha mãe não tinha onde enterrar o meu pai, o colocou em um saco preto... Em dois sacos o enterrou em Cinquera. Oito dias depois, ligaram para minha mãe de onde meu pai trabalhava para arrumar a 'papelada' do dinheiro que pertencia a ele. Minha mãe foi com a minha irmã – a única irmã viva que tenho – e, quando voltava, por volta das cinco, vimos que minha irmã estava chegando e eles levaram minha irmã mais velha para detrás da casa. E todos, minha irmãzinha mais nova e meu irmão, perguntaram: "O que está aconteceu? O que aconteceu?" Mataram a minha mãe. Ela foi capturada em Cinquera, oito homens a estupraram na frente de minha irmã. Ela ainda viva, cortaram-lhe todos seus membros; cortaram sua cabeça, cortaram seus braços... deixaram só... 'o tronco' de seu corpo. Vigiam-na por oito dias para que ninguém fosse buscá-la.

13 Antiga moeda de cinco centavos.

14 Também assassinada.

15 De milho.

Minha irmã mais velha, como ela era... havia se envolvido com a guerrilha, mandava os seus comparsas¹⁶ para ver se já podiam buscar a minha mãe. Mas eles estavam lá... Os 'urubus' e os 'cães' comeram a minha mãe¹⁷. Não podíamos enterrá-la. A partir desse momento, começou a amargura para os cinco. Porque nós saímos nesse mesmo dia. Depois de oito dias fugimos, porque queriam matar minha irmã que era guerrilheira e era a mais velha que tinha restado. E saímos com ela sem levar nada, só com a roupa do corpo¹⁸.

Andávamos e andávamos, com muita gente que estava fugindo. Todos descalços. Minha irmãzinha mais nova tinha cerca de três anos e meio. E ela não aguentava mais, sem comer, sem mamar, porque ela ainda mamava no peito de minha mãe. E minha irmã dizia: "Logo, logo vamos sair dessa". Ela era uma guerrilheira muito alegre, muito... Para ela tudo era... Que tudo teria solução. Ela disse: "Vamos vingar o sangue da minha mãe". Andamos muito, muito, dia e noite. Lembro-me que veio uma grande tempestade e estávamos andando pela colina. Eu não me lembro porque eu era muito pequena, mas há coisas que nunca vou esquecer. Meu irmão mais velho também entrou para a guerrilha, não voltamos a vê-lo, porque ele disse que entraria e vingaria a morte de nossos pais.

Nós andamos muito. Nessa noite, passamos em uma jangada... Não eram jangadas e sim umas 'canoas'¹⁹. Lembro-me de um lago. Minha irmãzinha era muito pequena, ela tinha fome, sede, tinha tudo. Ela estava inchada, se inchou muito e morreu em meus braços. Minha irmã dizia: "Com isso já são três da família, espero que não tenha outro". Algumas pessoas que moravam em pequenas casas ajudaram cedendo um armário para que pudéssemos colocar minha irmã, muita gente ajudou a cavar um buraco para saber onde ela estava enterrada. E assim a sepultamos.

De lá andamos novamente. Porque nos diziam: "Aí vivem os soldados, eles incendiaram todas as casas; nós temos de sair daqui". Muitas pessoas viajaram conosco em fuga. Chegamos num rio e nesse rio ficamos. Havia morro de um lado e morro do outro. Ficamos por ali, nesse rio. De repente percebemos que o pessoal começou a correr; minha irmã andava com seu fuzil e ela tinha sua filha pequena e a carregava de um lado a outro. E minha irmã disse: "Pega Roxana e saia! E sigam o pessoal. Passem os senhores primeiro porque eu não caibo". Lembro-me que eu disse à minha irmã que não queria ir,

16 "Comparsa": companheiros.

17 "Urubus": aves de rapina; cachorros.

18 A roupa com que, nesse momento, estávamos vestidas.

19 "Embarcação indígena de uma única peça, com o fundo chato e sem quilha, que se rege e move-se com uma pá", segundo o Dicionário da Real Academia Espanhola.

que não queria deixá-la. E ela me disse: “Vá com sua irmã, ela vai cuidar de você, ela não vai deixar você”

Todas as pessoas passaram pela estradinha muito estreita. Minha irmã me dizia: “Anda” Já não aguentava mais os pés; eles estavam cheios de sangue. Eu lhe dizia: “Não aguento mais”. Ela me dizia: “Anda. Não fique para trás, vamos seguir o pessoal”. E tiros atrás da gente; atiraram do morro em todos que estavam fugindo. Andávamos e andávamos. Pulamos umas pedras enormes, e eu disse à minha irmã: “Eu não aguento”. Sentia que ia desmaiar. Minha irmã me disse: “Não, eu não vou deixar você; não quero perder outra irmã”. E ela me agarrou, menina, também tinha cerca de nove anos; e ela me carregava, me dava carinho e andava comigo. Ela não conseguia e ficava para trás. Umas pessoas diziam a ela: “Ande, não fique para trás”. E outras diziam: “E estas crianças, quem são? E sua família?” E os companheiros lhes respondiam: “Elas não têm família, já mataram os seus pais e os únicos irmãos que têm estão na guerrilha e ficaram lá embaixo combatendo”

Lembro-me que, de tanto andar, os pés já estavam bem inchados; os da minha irmã também. Minha irmã se agachou e me disse: “Não aguento mais; vamos ficar por aqui”. E de repente, ela parou e me disse: “Não, vamos caminhar”. Disse que alguém sussurrou em seu ouvido e lhe disse que caminhassem. “Vou ser como a sua mãe daqui em diante”. Quando chegamos ao final da colina, lhe disseram que a minha irmã... Que eles haviam matado a minha irmã mais velha e que haviam levado a criança. E nós sozinhas. A única família que tínhamos eram as pessoas que andavam com a gente, pessoas que nem conhecíamos.

E veio uma grande tempestade e eu estava queimando de febre; estava quase morrendo. Lembro-me que circulava por lá um companheiro com seu paletó, que disse: “Ela está morrendo”. Tirou sua japona²⁰ e a colocou em mim; e eu deitada no chão. Eu estava morrendo e ele só dizia “Está morrendo”. E disse um guerrilheiro: “Em minha mochila tem remédios”. E disseram que me deram um. Minha irmã me dizia: “Não me deixe, que só você ficou”. E eu só balançava a cabeça. Eu ainda conseguia enxergar; eu já não aguentava. Chegaram muitos companheiros. Eles se aproximaram de mim, me deram carinho e nos disseram que não estávamos sozinhas; que iam cuidar de nós.

Ficamos quinze dias sem comer nada; a única coisa que comíamos eram goiabas. Andamos e andamos muito, e eu tinha muita sede e dizia que já não aguentava e que queria água. Lembro-me que um companheiro foi fazer xixi²¹ em um saco e me deu para

20 Jaqueta para proteger-se do frio.

21 Urinar.

que eu o tomasse. Qualquer um poderia dizer: “que nojento”, mas se não fosse esse xixi, eu teria morrido.

Quando voltamos, já tinha acabado tudo, tínhamos de passar por um caminho que era bem estreito. Observávamos que escorregava como manteiga, e todos indagavam: o que tinham colocado ali, óleo? Quem estava cozinhando? Tiveram o trabalho de colocar um morto em cima do outro, havia cerca de vinte e cinco. Quero contar-lhes também que as mulheres, para não ver os seus filhos morrerem queimados, se atiravam na água com seus filhos e morriam afogados. Quando queríamos atravessar tínhamos que pular a pilha de mortos, o caminho era muito estreito. Lembro-me que quando passei deparei-me com a mão de um; só fiz um movimento e ficou o osso. E o pessoal dizia: “Que barbaridade! Eles não têm coração!” Havia crianças, idosos, mulheres...

Atravessamos, chegamos numa aldeia e os companheiros disseram que íamos descansar um pouco. “E se não comeram, veremos o que podemos dar-lhes”. E disseram: “Aqui há um pouquinho de sal com omeletes frias, coma! E disseram que a irmã mais velha estava morta de verdade e a criança eles a levaram. Mas não se preocupe com isso agora, preocupe-se com sua irmã, ela é pequena”. Seguimos com a caminhada, porque disseram que os soldados estavam vindo de outra colina e que vinham queimando todas as casas. Seguimos com a caminhada. Todos os garotos que tinham de dez a quinze anos se esconderam, porque eles vinham para levá-los.

Minha irmã foi se esconder e me deixou com uma senhora, quando de repente chegou a notícia de que a haviam capturado e de que a obrigaram a dizer-lhes onde estavam todos os outros. E nos pegaram nesse dia. Os ‘doces’, achávamos que eram de verdade; para eles, os ‘doces’ eram tiros. Subimos um morro e chegou um helicóptero. Eram cerca de trinta e cinco pessoas. Fizeram várias viagens. Por último ficou minha irmã e eu, com outras pessoas. Quando íamos, queriam me matar e me agarrei às calças do soldado. “Não façam isso!” Minha irmã dizia a eles que eu era uma criança e eles tentaram novamente. Eu gritava e novamente me agarrava às calças do soldado. E todo mundo gritava e dizia que a criança não havia feito nada; e eles diziam: “Calem-se, caso contrário todos vão parar lá em baixo!”

Levaram-nos ao Chalate²², ao quartel, e lá ficamos... A comida eram as sobras que eles não queriam mais e iam jogar no lixo, e nos diziam: “Fartem-se!” E ficamos cerca de oito dias. Certa manhã chegaram perguntando quem era Roxana. Minha irmã me dizia: “Não

22 Chefe de departamento, no departamento do mesmo nome.

se apresente!” E disseram: “Se a Roxana não se apresentar, todos vão morrer agora”. Me apresentei e saí para o lado dele. E me tirou da cela de onde tinham me colocado e me levou para um escritório. “Sente-se”, me disse: E eu pedindo a Deus que ele não fizesse nada comigo. Começou a tocar o meu rosto. “Você é muito bonita, é melhor que todas as garotas”. Apenas observava e lhe dizia: “O que você quer comigo?”. Ele me agarrou e me jogou contra a escrivaninha, quando bateram à porta e eu gritava e dizia: “Deixe-me, deixe-me! Se não me largar, vou gritar por socorro”. E me disse: “Quem? Se quem manda aqui sou eu, eles fazem o que eu quero”. Alguém veio bater à porta, quando bateu à porta, eu gritei e dei-lhe um chute e a abri. “O que você está fazendo?”, disse outro soldado. O soldado deu-lhe um tapa na cara e disse-lhe: “Filho da... Não vê que ela é só uma criança!” E lhe disse: “Não vê que ela é gostosa”. Minha irmã estava chorando e me perguntou: “O que fizeram com você?”. Eles me examinaram toda.

Ficamos lá oito dias. Entregaram-nos à Cruz Vermelha. Levaram-nos para um abrigo em Mexicanos²³; lá ficamos... Bom, eu fiquei uns seis meses. Lá conheci uma senhora que fazia parte das ‘comadres’²⁴ e ela disse à senhora que lhe haviam dado uma criança; ela disse: “Tenho quatro”. Minha irmã lhe disse que não somos animais para que nos vendam ou presenteiem, somos seres humanos. “Eu gosto dela”, disse, que era eu. Queria uma garota para brincar com sua filha. Eu não queria ir, não queria deixar minha irmãzinha, pois era a única irmã que me havia restado. Dizia-me: “Venha, você vai ficar bem, você vai estudar, vou comprar tudo que você quiser. Minha filha é um pouco mais velha que você e vão brincar juntas”. A senhora lhe disse: “Por mim, leve-a agora”. “É melhor a senhora dizer que não; quer que fiquemos com a senhora, mas não dê a minha irmã”, lhe disse. “Se eu vou, vamos as duas”. “A senhora só quer uma, não vai andar com tanta criança”²⁵. E minha irmã dizia a ela: “O que faço?”. “Não vá”. Me diziam: “minha mãe e minha irmã querem que cuidemos de você, que seria a única a ficar com você”. Minha irmã me disse: “Você vai?” “Eu não sei, vamos”. E a outra senhora: “Vamos. Com uma eu aguento; eu já vou porque tenho uma reunião. Você vem comigo ou vai ficar?” Perguntei a ela se sempre eu ia ver a minha irmã, ela me disse que sim.

Não a vi por três anos, porque ela se mudou para outro lugar. Estava sempre fugindo, porque estava lá. Vou ver se vejo a minha irmã, me disseram que ela andava por lá, andei para ver se a encontrava, porque me falaram que ela estava lá, quando ela me viu, disse:

23 Principal cidade no município de mesmo nome, província de San Salvador.

24 Integrantes do Comitê de Mães. “Monsenhor Óscar Arnulfo Romero” (COMADRES).

25 Criança.

“Lembra de mim?” E eu disse: “Como não vou me lembrar da minha irmãzinha!” “Agora não se lembra de mim; você está muito bem agora, não é?” “Não estou muito bem, mas aqui onde estou me deram estudos; estou estudando” e acabou a fuga. Estávamos conversando na Catedral, chorando as duas por tudo que havia nos acontecido.

Nós somos restos da guerra. “Deus tem algum propósito”, eu disse a ela. E sim, tinha um. Tenho duas filhas lindas, entrei na universidade e por falta de dinheiro não pude continuar. Quero que saibam que contar isso é muito difícil para mim. É duro lembrar tudo o que você vive, por não ter seus pais. Eu sempre falo para minha filha mais velha, que dê graças a Deus por ter a mim e seu pai; e que, embora sejamos pobres, ela nos tem. Nunca tive o amor de um pai, nem de irmãos e sempre senti falta disso. Obrigada!

V. RELATÓRIO PERICIAL

Antes da liberação do Tribunal sobre os casos conhecidos, foi escutado o perito especialista em Psicologia Social Sr. Óscar Vásquez Martínez, que expôs as consequências nefastas para as vítimas de violações dos direitos humanos. O que se segue é um resumo de sua contribuição²⁶.

Toda pessoa sujeita a uma ação violenta identificada por uma sociedade, em qualquer ofensa legal ou criminal, é considerada uma vítima. Esta categoria pode ser estendida tanto para os familiares e comunidades expostos aos riscos potenciais do ato criminoso causado na vítima direta, seus parentes, portanto, bem como a sua comunidade e as pessoas que testemunharam o fato podem ser consideradas vítimas em segundo grau ao serem também afetadas pela lesão da ação violenta. Esse efeito no caso de crime contra a humanidade prevalece no tempo de diversas formas e com distintos efeitos.

Neste tipo de tribunal, deve-se considerar a importância de analisar e dimensionar o impacto e as consequências das ações criminosas em suas vítimas diretas e indiretas, mais do que as formas de execução. Precisamos estabelecer quais foram seus efeitos prejudiciais em curto, médio e longo prazos. Os danos podem prevalecer tanto na pessoa como nas comunidades em nível individual, patrimonial, nos relacionamentos e, sobretudo, na dignidade humana. Portanto, a reparação para essas vítimas tem de ser estruturada, individualizada e socializada a partir das dimensões social, grupal e familiar.

A punição deve partir dessa medida e não apenas do tipo de ato praticado. É óbvio que a reparação nos casos em que os crimes são contra a humanidade deve contemplar uma condenação penal efetiva contra os acusados, mas, sobretudo, deve centrar-se em uma condenação moral que garanta a reparação dos danos em curto, médio e longo prazos, não só em âmbito individual, mas coletivo. Essa teria de ser a prioridade para alcançar uma justiça efetiva.

Para compreender e avaliar a magnitude dos danos causados às vítimas e à natureza de suas consequências, deve-se ir além dos motivos dos autores. Mas, nesse caso, o impacto é particularmente profundo e duradouro porque o ato criminoso ocorreu com base na chamada 'imagem do inimigo', produto de doutrinação militar e ideológica de cada força beligerante. Essa 'imagem de inimigo' funciona como um 'atenuante' ideológico para as questões éticas e morais individuais de quem executa as ordens para realizar atos criminosos com o intuito de cumprir o 'dever' em 'defesa da Pátria' ou do 'lar'.

Portanto, questionar ou estar próximo de quem questiona o Estado e os estilos de vida excludentes da maioria popular é ser 'inimigo', independentemente de fazer parte ou não da insurgência; não interessa que sejam meninos, meninas, mulheres ou pessoas mais velhas. Assim, quase toda a sociedade é potencialmente 'hostil'. As forças militares, policiais e paramilitares, junto a grupos ideológicos civis, ao atuarem, assim, não se dão conta de que protegem certos interesses particulares. Para considerar alguém como 'inimigo', deve-se desencadear um processo psicossocial de desumanização do 'outro'; nesse cenário, as vítimas são privadas de qualquer direito humano.

O estigma social e a desumanização, juntas, desumanizam também as famílias e as comunidades das vítimas. Seu meio social se torna adverso, o que facilita aos autores executarem tantos horrores sem um questionamento que medie o grau de brutalidade. Não são doentes mentais; são seres humanos treinados para eliminar os inimigos em potencial, onde esses não existem necessariamente.

Os efeitos percebidos sobre as vítimas e sobre as comunidades e sociedade salvadorenha e suas consequências podem ser resumidas da seguinte maneira:

a) Efeitos traumatogênicos em nível individual:

- I. Presença de estresse pós-traumático crônico como configurador da vida emocional.
- II. Efeitos psicossociais da guerra psicológica, ativos de forma subjacente.



- III. Isolamento social que fomenta o conformismo e a aversão a qualquer tipo de organização, além de impossibilitar a estruturação de um projeto de vida relacionado com o desenvolvimento comunitário.
 - IV. Alterações negativas da identidade social que resultam na deteriorização da personalidade.
- b) Efeitos traumatogênicos a nível coletivo:
- I. Decorrentes da alteração na identidade social, propicia-se a inativação e a falta de sentido de comunidade e de pertencimento. Isso estimula a desconfiança das instituições e organizações comunitárias, favorecendo ações de controle social dos agentes dominantes e do sistema; também minimiza os custos das ações repressivas futuras.
 - II. Modificação traumática de projetos de vida e das comunidades. Com isso se promove o fatalismo e a anomia social, que reforçam a pobreza dos indivíduos e da coletividade, reforçando o efeito vicário para o futuro. Nesse contexto, ouvimos expressões como: “Eles ficaram assim depois da guerra”. Não é à toa que as comunidades em condição de extrema pobreza hoje sejam as que historicamente foram as mais afetadas pela repressão e pela guerra.
 - III. Incapacidade de garantir a estabilidade social por meio de meios democráticos autênticos. O Estado opta por manter a violência estrutural por sua facilidade e efetividade para conservar os mecanismos de controle social.
 - IV. Incapacidade para resolver conflitos por vias alternativas à da violência, o que resulta em um colapso social.

Finalmente, considera-se pertinente recomendar a este honroso Tribunal que toda ação corretiva seja concebida de forma abrangente, empurrando para isso ações dirigidas em primeira instância, que visem promover a reparação dos danos causados às comunidades em seus direitos coletivos e no que diz respeito ao desenvolvimento local, municipal e regional. Esses eventos deverão estar dirigidos a restaurar os danos ao tecido social e às alterações dos relacionamentos psicossociais, a demonstrar a mentira institucionalizada, a superar a violência estrutural e acabar com a polarização social. Para esse efeito, não se devem poupar esforços.

Desse modo, os processos enfileirados devem fluir, para reivindicar e restaurar a dignidade das pessoas e a configuração de uma memória histórica que dê pautas de ação solidária, a fim de ajudar a prevenir uma nova ação repressora. Isso exige a ativação de estratégias alternativas à violência para resolver os conflitos por meios democráticos e de participação organizada.

Deve-se aumentar o estímulo das políticas de educação em toda a instituição educadora das forças militares e policiais, por exemplo, para que seus integrantes reflitam e orientem suas missões e visões institucionais para o serviço comunitário e de prevenção da violência com eficácia e com abordagem dos direitos. É necessária também a difusão e o conhecimento da memória histórica em nível comunitário e dentro do sistema de ensino com a construção de monumentos memoriais e mudanças no currículo escolar, para o estudo crítico do período histórico em que a violência política eclodiu até chegar à guerra.

É necessário projetar e desenvolver programas nacionais de reconciliação e apoio à estruturação de entidades sociais fortalecidas por meio de projetos de intervenção terapêuticos e psicossocial em nível individual, grupal e comunitário. Assim pode-se contribuir para combater e superar as manifestações das síndromes e problemas psicológicos causados pela guerra e a repressão em âmbito individual e psicossocial.

Há que se fortalecer os marcos normativos garantistas para a prevenção da tendência legal punitiva excessiva, que leva à justificação das violações sistemáticas dos direitos humanos das vítimas em nome do controle social e da ordem estabelecida.

Ainda assim, requer-se a reorientação das prioridades do orçamento, apostando na liberação do desenvolvimento comunitário e regional do lastro de um dispositivo social desequilibrado que se mantém por meio da violência estrutural; deve-se parar de gastar em setores direcionados para o controle e não para o desenvolvimento.

Em suma, pode-se obter a justiça para as vítimas históricas do conflito armado mediante o impulso de um projeto libertador da violência estrutural, da mentira institucionalizada e da polarização social. Deve-se trabalhar em favor da maioria popular e das vítimas primárias da repressão e do conflito armado. As ações criminosas ao longo de quase duas décadas estão causando danos às vítimas e à sociedade em geral, devem continuar sendo denunciadas como se estivessem acontecendo diante de nossos olhos nos dias de hoje.



VI. PEDIDO DAS VÍTIMAS²⁷

1. Declarar a responsabilidade do Estado salvadorenho pela prática do massacre de COPAPAYO.
2. Declarar a responsabilidade do Estado salvadorenho pelo desaparecimento forçado de FRANCISCO ARNULFO VENTURA REYES.
3. Declarar a responsabilidade do Estado salvadorenho pela execução sumária de MARIO ZAMORA RIVAS.
4. Declarar a responsabilidade do Estado salvadorenho pela prisão e tortura em detrimento de RONALDO ERNESTO GONZÁLEZ MORALES, CAROLOS ERNESTO SANTOS MENJÍVAR e seus familiares.
5. Declarar a responsabilidade do Estado salvadorenho pelas inúmeras violações dos direitos humanos em detrimento de ROXANA HERNÁNDEZ.
6. Declarar a responsabilidade do Estado salvadorenho pela violação dos direitos à justiça, ao devido processo e a um julgamento justo em detrimento das vítimas e seus familiares, tal como reconhecido no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e 14 do Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos.
7. Que o Estado salvadorenho repare de forma integral os danos causados às vítimas sobreviventes, às famílias de MARIO ZAMORA RIVAS e de todas as vítimas diretas do massacre de COPAPAYO, bem como as comunidades afetadas por ele.
8. Que, nos termos do acima exposto, por ser sua obrigação constitucional, o Estado salvadorenho:
 - a) Investigue todos os fatos para que se conheça a verdade completa sobre os mesmos e que se estabeleça o destino de FRANCISCO ARNULFO VENTURA REYES.
 - b) Faça justiça e puna os responsáveis.

- c) Preste serviços médicos e dê apoio psicossocial de qualidade às vítimas sobreviventes e a seus familiares.
 - d) Compense economicamente as vítimas sobreviventes e seus familiares por todos os danos causados e pela violação do direito de traçar livremente seu projeto de vida.
 - e) Revogue a lei de anistia geral para a consolidação da paz.
 - f) Reconheça publicamente a dignidade das vítimas e impulsione as ações necessárias para prestar-lhes homenagem.
9. Que o Estado salvadorenho comemore o Dia nacional das pessoas detidas ilegalmente por razões políticas e o Dia nacional das vítimas de torturas, assumindo os custos da divulgação – por todos os meios – de significativos testemunhos que ilustrem o sofrimento infligido.
10. Que seja ordenado ao Ministério Público que cumpra o seu mandato constitucional para que todas as vítimas de torturas, desaparecimentos forçados e outras violações graves dos direitos humanos encontrem a justiça, por serem crimes contra a humanidade e que não admitem anistia e nem prescrições.
11. Que se ordene, ao Estado salvadorenho, a criação de centros de atendimento psicológico gratuito para todas as vítimas de tortura e famílias das vítimas de violações graves dos direitos humanos.
12. Que o Estado salvadorenho divulgue amplamente a verdade do que ocorreu com as vítimas no país durante o conflito interno, especialmente por meio de programas de educação básica, como uma das formas de garantir a não repetição dos mesmos fatos.
13. Que o Estado salvadorenho divulgue todos os arquivos do Ministério da Defesa Nacional, com os nomes dos oficiais responsáveis e de seus subordinados responsáveis a cargo de trabalho de inteligência (seção II) nos diversos órgãos militares e de segurança pública nas décadas de 1970 e 1980.
14. Que o Estado salvadorenho instaure uma comissão de inquérito para retomar os trabalhos da Comissão da Verdade, criado sob os auspícios das Nações Unidas, para que em um prazo razoável proponha ao Poder Judiciário, em coordenação com o Ministério Público, as medidas legais necessárias para superar a impunidade que protege todos os criminosos no país.



15. Que o Estado salvadorenho crie a Fundação para a Verdade, com a participação decisiva da sociedade civil, que entre suas ações exija a recuperação dos arquivos da Comissão da Verdade e os coloque à disposição da população salvadorenha, a qual continua vendo adiado o direito de conhecer seu conteúdo.

VII. POSIÇÃO DO ESTADO DE EL SALVADOR

Após a introdução dos fatos pelos juristas e os advogados que representam as vítimas, a intervenção voluntária destas e suas respostas às perguntas do Tribunal, procedeu-se à exposição final das explicações oficiais da época diante de cada um dos esquemas criminosos examinados. Essa declaração está incluída nesta seção.

O papel desta relatoria estatal, como parte do trabalho desenvolvido por este honroso Tribunal, limitou-se à descrição exclusiva dos argumentos que o Estado salvadorenho formulou em seu devido tempo sobre a prática de desaparecimento forçado, execuções sumárias, torturas e massacres realizados por seus agentes e por particulares, agindo sob a sua aquiescência, apoio ou consentimento. De nenhuma maneira os relatores intervêm, ainda que parcialmente, nos esclarecimentos prestados pelo Estado.

Em primeiro lugar, cabe dizer que durante o conflito armado interno – de 1980 a 1992 – representantes do governo sustentaram repetidamente perante vários fóruns nacionais e internacionais que a condição de violência aberta e generalizada no país gerou um clima propício para a vulnerabilidade sistemática dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Entretanto, nunca assumiram sua responsabilidade.

Sempre defenderam que dita confrontação respondia à lógica da “guerra fria”; por isso tentou-se demonstrar que ela foi imposta. Inclusive, foi reavivado pela administração estadunidense liderada pelo presidente Ronald Reagan, por considerar El Salvador como uma “fronteira ideológica” entre os dois grandes blocos políticos que procuravam a hegemonia na região. Assim, se rejeitava a ideia-força de que foram as condições domésticas de ordem estrutural – exclusão social, marginalidade econômica, fraude eleitoral e repressão – que geraram a violência insurgente no país.

Nessa ordem de ideias, o Estado salvadorenho estava tentando aparecer diante da comunidade internacional como vítima de uma agressão “comunista” que procurou minar os “fundamentos judaico-cristãos” da cultura ocidental a que pertenciam para impor um sistema marxista no país.

Essa visão dicotômica e maniqueísta comportou, na prática, a estruturação de uma ‘ordem’ em que ambos os lados reconheceram: ‘bons’ e ‘maus’. Os primeiros associados à postura estatal; os segundos ligados às estruturas emergentes. O Estado salvadorenho agiu em cima dessa visão.

Um período que caracteriza adequadamente a política de terror promovido pelo Estado no período entre 1980 e 1983, no qual se deram, do ponto de vista do relatório da Comissão da Verdade, cerca de 75% das violações massivas de direitos humanos.

Para ilustrar a questão, pode-se dizer que os eventos ocorreram em 1980 e que comoveram a sociedade salvadorenha e o mundo: em fevereiro, os esquadrões da morte “assassinaram o procurador geral dos pobres, dr. Mario Rivas Zamora; em março, o então major Roberto D’Aubuisson planejou a execução do arcebispo Oscar Arnulfo Romero, consumado em 24 de março; em outubro, foi assassinado o reitor da Universidade de El Salvador, sr. Félix Ulloa; em novembro, uma operação combinada das forças de segurança e civis executou seis membros da alta direção da Frente Democrática Revolucionária (FDR); na semana seguinte, guardas nacionais executaram quatro freiras da ordem Maryknoll. Simultaneamente, foram realizadas operações militares conduzidas por ‘terra arrasada’ com o forte apoio da administração Reagan.

Ante o contexto como o descrito, o governo salvadorenho argumentou que sob a guerra civil interna ocorreram “excessos” e esporádicos “abusos de poder”; entretanto, os reconhecia como ações ‘isoladas’ que de forma alguma respondiam a uma política de Estado.

Em particular, a visão e a versão oficial dos massacres foram impregnadas de um alto grau de ousadia. Não era a razão do Estado; era o cinismo de Estado. Só assim se explica a sustentação que os massacres – por exemplo, os ocorridos em O Despertar em 1979, La Quesera em outubro de 1981, El Barrio, em abril de 1982, El Mozote em Dezembro de 1981 e outros – nunca aconteceram; ou aceitar que, embora houvesse, não foi na dimensão denunciada.

Diante das primeiras acusações feitas contra ele, a partir da década de 1980, a resposta oficial foi usual para negar ou rejeitar veementemente qualquer tipo de acusação que envolvesse as Forças Armadas. Após a publicação do relatório da Comissão da Verdade, o Estado disse que a morte de muitos civis foi resultado de ‘fogo cruzado’ entre guerrilheiros e soldados em várias operações militares.

O diretor do Instituto de Medicina Legal, Juan Mateu Llord, testemunhou, sobre o massacre de El Mozote, que realmente o lugar onde encontraram centenas de corpos era “um cemitério de guerrilheiro” no qual enterravam meninos e meninas que a insurgência recrutava. Em resposta ao relatório de admissibilidade da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso do massacre, o Estado alegou que os fatos foram levantados no contexto de um conflito armado e, portanto, houve grandes dificuldades para investigá-los. Por exemplo, afirmou que as áreas onde ocorreram os fatos eram terrenos que supostamente estavam minados e que precisava de peritos em antropologia forense e que os recursos do Órgão Judicial eram escassos, já que, durante o conflito, a maior parte do orçamento do Estado era destinado para a defesa do país e para a reconstrução das infraestruturas destruídas pela guerrilha.

Em declarações dadas aos meios de comunicação ou à comunidade internacional, o Estado alegou também que alguns assassinatos tinham sido relatados judicialmente muitos anos depois de ocorridos e isso impossibilitava encontrar quaisquer registros sobre os mesmos. Portanto, os inquéritos realizados não puderam estabelecer a identidade de seus responsáveis. Além disso, argumentou que as provas resultantes das exumações, realizadas em 2000 e em 2001, constituíam uma prova circunstancial – não determinante – sobre a individualização dos que participaram dos mesmos.

Em casos julgados em tribunais salvadorenhos, algumas das resoluções judiciais incluíram argumentos como o fato de não poder estabelecer quem foram os membros das Forças Armadas que participaram dos massacres, pois tanto os soldados quanto os guerrilheiros usavam uniforme ‘verde-oliva’. Alegavam também que não havia provas suficientes, que testemunhas e ofendidos afirmaram que os soldados disseram pertencer ao exército oficial, pois essa afirmação poderia ser feita por membros dos grupos ‘terroristas’.

Os dois governos anteriores – de 1999 a 2004 e de 2004 a 2009, respectivamente – mantiveram a postura de evitar qualquer responsabilidade nos massacres que produziram no contexto do conflito armado interno, entre 1980 e 1992, como ocorreram em outras administrações. Essa tese foi rejeitada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Também foi argumentado que a anistia seria aplicável aos casos e, portanto, todos os acusados desfrutavam de seus benefícios.

A prática da tortura foi assumida como um recurso válido. Entre os setores da direita, chegou-se ao convencimento de que a aplicação de certos métodos não constituía, de nenhuma maneira, violação de direitos e garantias essenciais, uma vez que se justificavam para o objetivo final: a defesa do sistema.

No seu esforço para explicar e justificar a prática de desaparecimentos forçados, o Estado salvadorenho chegou a níveis inimagináveis de ousadia. Nesse sentido, quanto às oito mil pessoas desaparecidas aproximadamente, tentou justificar-se dizendo que a maioria morreu ‘em combate’ ou eram bases sociais propensas às guerrilhas que acabaram ingressando nas fileiras rebeldes.

Nessa área, houve a separação forçada de crianças de seus pais que o Estado promoveu como um componente de sua estratégia contrainsurgente. Isso resulta da decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso do desaparecimento da irmã Ernestina e Erlinda Serrano Cruz; do mesmo se extrai uma frase lapidar proferida por um representante do Estado para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual reflete claramente o caráter oficial antidemocrático e contrário ao respeito dos direitos humanos: ‘O Estado salvadorenho não costuma pedir perdão’.

Senhor presidente deste honroso Tribunal:

Iniciaremos nossa alegação final formulando nossa sincera gratidão para com as vítimas que testemunharam durante estes três dias. A autoridade suprema sobre a terra são daqueles que sofreram o que aqui está descrito. Por isso, devemos falar do fundo dos nossos corações que foi uma honra e um privilégio ouvi-los. O ouvir já é uma forma de reivindicar às vítimas.

Esta relatoria não concorda com nenhuma das posições apresentadas, porque não são argumentos de um Estado respeitável e sim de meras evasivas que refletem um padrão de maldade que, aliás, nunca foi devidamente mensurado. São subterfúgios que caem no absurdo e só revelam sua indecência.

No país, cerca de oitenta mil pessoas da população civil não combatente foram executadas antes e durante o conflito armado; mais de oito mil desapareceram de maneira forçada e quase um milhão e meio foram obrigados a emigrar.

O Estado salvadorenho alegou perante vários fóruns internos e internacionais teses infundadas e assumiu perante a organização – como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – posições que colidiam com os princípios éticos e morais.

Deve-se indicar que a negação oficial das práticas de extermínio voltou a vitimar a sociedade; também afirmam que se os massacres ocorreram, não foram na magnitude que se afirmaram. Finalmente, o Estado decretou uma anistia que, desde o primeiro momento, ergueu um verdadeiro monumento à impunidade; monumento que contrasta com o que

a sociedade indignada levanta em homenagem às vítimas dentro do Parque Cuscatlán, na cidade capital, o qual, sim, inspira ao encontro nacional e à coexistência pacífica.

É preciso dizer a este honrado Tribunal que El Salvador ainda deve a verdade às vítimas, a justiça e a reparação moral, social e jurídica. Enquanto eles não cumprem com esses três casos, não se pode falar e muito menos supor a existência de um Estado democrático; muito menos, humano.

Fechamos a intervenção de nossa relatoria, aderindo-nos em parte à proposta esboçada pelo senhor presidente do Tribunal no sentido de que se declare cemitério os lugares onde ocorreram os massacres; embora, pelo contrário, deveriam declarar “terra santa”.

VIII. CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO

Este Tribunal reconhece que no momento em que ocorreram os casos *sub judice*²⁸, foram produzidas graves e sistemáticas violações dos direitos humanos em detrimento de centenas de salvadorenhos. Em resposta a isso, e ao que foi apresentado de forma verbal e documental, assume como existentes e provados os fatos conhecidos neste processo.

Com efeito, a Comissão da Verdade declarou que a criação da violência de maneira sistemática, assim como o terror e a desconfiança da população civil, foram os principais aspectos que caracterizaram o período da história do país entre 1980 e 1983; durante esse tempo, houve violações dos direitos humanos, as quais foram apresentadas ao Tribunal de Justiça. A esse respeito, a Comissão sustentou o seguinte:

A desarticulação de qualquer movimento opositor ou dissidente por meio de detenções arbitrárias, assassinatos, desaparecimento seletivo e indiscriminado de líderes advieram de prática comum. A repressão na cidade se dirigiu contra as organizações políticas, os grêmios e os setores organizados da sociedade salvadorenha. Exemplo disso são as perseguições contra organizações como a Associação Nacional de Educadores Salvadorenhos (ANDES) [...], os assassinatos de líderes políticos e os ataques contra as organizações de direitos humanos [...] A partir de 1980, ocorreram vários ataques indiscriminados contra população civil não combatente e execuções sumárias coletivas, afetando principalmente a população rural [...] Foram registrados assassinatos graves como os no rio Sumpul (14-15 de maio de 1980), no rio Lempa (20-29 outubro de 1981) e em El Mozote (Dezembro 1981). O surgimento do terrorismo organizado, por meio de esquadrões da morte, se tornou a prática mais aberrante

do processo de violência. Grupos de civis e militares assassinaram com total impunidade e em forma sistemática, com desprezo das instituições estatais [...] É assim que o assassinato do monsenhor Romero exemplifica o poder ilimitado e devastador desses grupos. Nesse período, foi registrado o maior número de mortes e violações dos direitos humanos²⁹.

O assassinato do bispo Dom Romero é emblemático e serve para mostrar o paroxismo da violência e a impunidade generalizada em El Salvador no início da década de 1980. Com esse magnicídio, mostrou-se que ninguém estava a salvo e, embora o país estivesse à beira da guerra antes disso, o fato constituiu o desmantelamento definitivo de todas as possibilidades para evitar um conflito armado. O assassinato de Romero foi a culminação de uma conjuntura que inevitavelmente levaria à conflagração fratricida, a qual se serviu de um quadro para o desenvolvimento de posteriores modalidades de violações dos direitos humanos.

Com relação aos casos conhecidos por este Tribunal, podemos identificar padrões de comportamento criminal conduzido pelo estado salvadorenho. Em primeiro lugar, são encontradas as operações militares do tempo que respondiam a uma modalidade conhecida como “terra arrasada”. A esse respeito, a Comissão da Verdade disse o seguinte:

Além dos massacres descritos, a Comissão recebeu testemunhos diretos de numerosas execuções em massa ocorridas durante os anos de 1980, 1981 e 1982, em que elementos das Forças Armadas, no curso de operações antiguerrilheiras, executaram camponeses, homens, mulheres e crianças, que não haviam mostrado nenhuma resistência, simplesmente por considerá-los colaboradores dos guerrilheiros³⁰.

O número de execuções individuais e coletivas é tão elevado e tão fundamentado que levou a Comissão a excluir qualquer possibilidade de que houvesse incidentes isolados ou “excessos” dos soldados ou de superiores imediatos.

Todas as investigações e os depoimentos provam que essas mortes se enquadram dentro de um padrão de violência, de uma estratégia deliberada para eliminar e aterrorizar a população rural nas áreas de atividade insurgente, a fim de privá-la de fontes de abastecimento e informação; também para impedir a possibilidade de se esconder entre eles.

É impossível argumentar que essa prática homicida seja atribuída somente aos comandos locais e que, portanto, não foi conhecida pela superioridade castrense. Como dito, os massacres da

29 Belisario Betancur, et. al. Op. Cit., pp. 177 e 178.

30 Belisario Betancur, et. al. Op. Cit., p. 269.

população rural foram relatados várias vezes; entretanto, não existem evidências de que se tenha feito algum esforço para investigá-los. As autoridades se limitaram a qualificar suas denúncias como propaganda caluniosa dos adversários.

A não ser pelos esqueletos infantis encontrados em Cantón, El Mozote, município de Perquín, no estado de Morazán, ainda hoje algumas pessoas duvidariam de sua existência. Essas vítimas são as provas, não só da existência do frio assassinato nesse lugar, como também da corresponsabilidade dos comandos superiores, pois demonstram que, por muito tempo, a evidência dos cadáveres insepultos esteve ao alcance de qualquer investigação dos fatos. É inaceitável nesse caso a desculpa de que a mais alta hierarquia os ignorasse.

Não tomaram nenhuma medida para evitar fatos como esse. Pelo contrário, a violência deliberada, sistemática e indiscriminada contra a população do campo, nas áreas de operações, se manteve durante anos. Sobre esse padrão regular de terror e morte, a Procuradoria da Defesa dos Direitos Humanos afirmou o seguinte:

Entre as operações militares antiguerrilheiras destinadas a combater o 'inimigo interno' e que culminou com inúmeras violações dos direitos humanos, salienta-se a operação chamada 'terra arrasada', cujas principais vítimas indiscriminadas eram membros da população civil não envolvida no conflito armado, particularmente aqueles grupos da população civil em condições especiais, como garotos, garotas, adultos, idosos e mulheres grávidas. [...] O esquema de atuação nessas operações consistiu no aniquilamento indiscriminado de um ou vários povoados no contexto de uma mesma operação. Paralelamente, plantações, residências e em geral os bens das vítimas que já haviam sido executadas ou daqueles que haviam fugido do lugar eram destruídos ou queimados. Em geral, estendeu-se em áreas de maior incidência de confrontos com a guerrilha ou em povoados dominados ou influenciados por esta; prolongou-se por vários dias para garantir o extermínio daqueles moradores que voltavam ao lugar do massacre em busca dos restos de suas famílias ou a seus lares [...] Durante seu desenvolvimento, os agentes das Forças Armadas perpetraram todos os tipos de atos ilegais, como torturas, desaparecimentos forçados, execuções sumárias revestidas de irracional crueldade, estupros de meninas e mulheres, inclusive grávidas, pelo simples fato de presumir que pertenciam ou que colaboravam com a guerrilha. Esse tipo de prática ocorreu em diferentes unidades militares, no entanto, é necessário destacar que o Batalhão de Reação Imediata (BIRI) Atlacatl registra a maior incidência desses sinais a esse respeito"³¹.

31 Relatório especial da senhora procuradora para a Defesa dos Direitos Humanos sobre massacres da população civil executados por agentes do Estado no contexto do conflito armado interno ocorrido em El Salvador entre 1980 e 1992. Emitido em sete de março de 2005, mimeo, p. 41. Ver <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_2061358847/Docs%20proteccion%20victimas/El%20Salv%20A%20Inf%20Esp%20conflicto%20armado.PDF>.

Este tribunal partilha a visão das e dos representantes das vítimas do massacre de Copapayo, que afirmou que o modo dessa operação durante as ações militares, efetuadas contra a população civil dentro de zonas de conflito, foi caracterizado pela utilização das forças combinadas constituídas com membros das Forças Armadas em diferentes ramos, das forças de segurança e de grupos paramilitares.

Outras práticas sistemáticas de graves violações dos direitos humanos foram as execuções sumárias, os desaparecimentos forçados e as torturas de reais ou supostos opositores políticos, para seu extermínio ou para quebrar sua vontade de continuar com as atividades consideradas pelo Estado como ameaças contra si.

Os membros integrantes do Tribunal estão de acordo com a constatação da Comissão da Verdade, que considerou que:

esta violência foi originada de uma concepção política que se tornou sinônimo de conceitos do opositor político, subversivo e inimigo. As pessoas que postularam ideias contrárias às oficiais corriam o risco de serem exterminadas, como se fossem inimigos armados no campo de guerra. Resumem essas circunstâncias as execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e assassinatos de opositores políticos apontados neste capítulo³².

Nesse sentido, a Procuradoria da Defesa dos Direitos Humanos afirmou o seguinte:

O desaparecimento forçado de pessoas constituiu uma prática sistemática de violação dos direitos humanos em El Salvador, executada e tolerada pelo Estado, antes e durante o conflito armado. A maioria desses fatos foi suficientemente documentada, tanto pela Comissão da Verdade quanto pela Procuradoria da Defesa dos Direitos humanos e organizações nacionais e internacionais de direitos humanos. Assim, não há dúvida alguma de sua existência, e não há dúvida de que agentes do governo do Estado salvadorenho foram responsáveis por esses crimes [...] A prática do desaparecimento forçado de pessoas jovens e adultas foi exercida finalmente pelos membros das Forças Armadas, por meio da Força de Segurança (Polícia Nacional, Guarda Nacional e Polícia do Ministério), de unidades do Exército, bem como de grupos paramilitares e grupos ilegais armados conhecidos como 'esquadrão da morte'. Os desaparecimentos eram realizados normalmente durante operações cuja finalidade eram a prisão e, posteriormente, o desaparecimento ou a execução de pessoas identificadas como opositoras do governo ou pelo menos suspeitas de serem, inclusive civis que nada tinham a ver com o conflito, com

o aparente objetivo de gerar terror e eliminar a população considerada como potenciais membros da guerrilha. Também eram perpetradas durante as patrulhas, ou mediante a instalação de postos de controle militar, os quais procediam a detenção de pessoas em via pública ou estrada, uma vez que estas se transportavam em unidades de transporte público ou iam a pé³³.

Na opinião deste Tribunal, o diagnóstico anterior da instituição estatal, criada após o fim da guerra, pode muito bem ser aplicada nos casos de execução sumária que foram produzidas durante esse período.

Dentro desse cenário e como em qualquer conflito armado ou situação de violência generalizada, os meninos e as meninas acabaram sendo o setor da população mais vulnerável; elas e eles tornaram-se vítimas de diversas violações dos direitos humanos contra sua vida, sua integridade física, sua identidade e o direito de permanecer com a família de origem, dentre outros.

Ao analisar as provas apresentadas perante este Tribunal, pode-se afirmar que os casos em análise estão totalmente inseridos nas práticas descritas.

IX. CONSIDERAÇÕES DE DIREITO

1. Discurso e atos oficiais recentes

O Tribunal Internacional para a Aplicação da Justiça Restaurativa em El Salvador, em sua segunda atuação, considera promissora a posição recente do Estado salvadorenho manifestada perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em outubro de 2009, e na Corte Interamericana de Direitos Humanos, durante as audiências realizadas em janeiro de 2010. Em ambos os espaços, o Estado manifestou a vontade de cumprir suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos sem se opor ou fazer objeção às decisões e recomendações emitidas contra ele por ambas as organizações e os que fazem parte do sistema universal.

Este Tribunal vê como positivas as homenagens públicas que a atual administração do Órgão Executivo tem feito ao monsenhor Óscar Arnulfo Romero e às vítimas que ele representa tão bem; também, reconhece outras medidas anunciadas no sentido de proclamar a necessidade de corrigir as graves e maciças violações dos direitos humanos cometidas contra o povo de El Salvador.

33 Relatório Especial da senhora procuradora da Defesa dos Direitos Humanos sobre a prática de desaparecimentos forçados de pessoas no contexto do conflito armado interno ocorrido em El Salvador entre 1980 e 1992. Emitido em sete de março de 2005, mimeo, p. 5. Ver <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_2061358847/Docs%20proteccion%20victimas/El%20Salv%204A%20Desapartic%20forzadas.pdf>.

2. Deixar para trás a “cultura do esquecimento”

Como se constatou nas sessões deste Tribunal, as vítimas de graves violações dos seus direitos humanos em El Salvador continuam sem conhecer a verdade, nem receber justiça e reparação integral; com exceção deste espaço, permanecem sem ter a quem relatar sua história e os danos que sofreram. Além disso, os responsáveis pelos fatos que lhes causaram profundos danos físicos e morais se mantêm encobertos e protegidos pelo manto da impunidade, que continua, não obstante as declarações anteriores e os acontecimentos realizados após o triunfo da Frente Farabundo Martí para a Liberação Nacional (FMLM) – antes força insurgente e agora partido político – nos comícios presidenciais de 15 de março de 2009.

Nossas sociedades tendem a difundir uma “cultura do esquecimento”³⁴, um prelúdio ao esquecimento, que deixa as pessoas com o mal de Alzheimer; e só lhes permite viver momentos desconexos para, ilusoriamente, não sofrer nem perceber o sofrimento dos outros apesar dos grandes males de que foram vítimas.

Por isso, este Tribunal reafirma todas as considerações jurídicas feitas em sua sentença de 2009 e proclama, de novo, o dever do Estado salvadorenho de proteger e garantir os direitos humanos derivados de sua obrigação de investigar, sancionar e reparar integralmente as vítimas. Esse mandato foi estabelecido diretamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁵, nos seguintes termos:

“Os parentes das vítimas têm direito, e os Estados a obrigação, a que os fatos que lhe ocorreram sejam efetivamente investigados pelas autoridades do Estado; que um processo seja instaurado contra os supostos responsáveis desses crimes; no caso, que se imponham as punições adequadas e que se reparem os danos e prejuízos que esses familiares sofreram”.

A tortura, a execução extrajudicial, o desaparecimento forçado e os massacres civis jamais foram feitos com permissão de algum sistema legal. Ao contrário, após a Segunda Guerra Mundial, surgiram os sistemas regionais e o universal, que endossa o direito à vida e afirma a responsabilidade estatal de garanti-lo, junto à honra, ao patrimônio e à segurança das pessoas que se encontram sob sua jurisdição.

Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no contexto de uma situação de violação generalizada e sistemática de direitos humanos, o Estado deve assegurar o respeito do

34 Johann Baptist Metz, ver: <http://www.solidaridad.net/articulo767_enesp.htm>.

35 Caso García Prieto Outro vs. El Salvador. *Exceções preliminares, fundo de reparações e custas, Sentença de 20 de novembro de 2007*. Série C N.º. 168, parágrafo. 103.



direito à proteção judicial³⁶, investigando os fatos até o esclarecimento pleno de todas as suas circunstâncias. São titulares desse direito tanto as vítimas diretas quanto as vítimas indiretas, bem como a sociedade em geral, que tem direito ao acesso à informação essencial para o desenvolvimento de um sistema democrático.

3. Crimes contra a humanidade

Os eventos conhecidos por este Tribunal têm a característica de constituir crimes de lesa-humanidade, os quais estão previstos como princípios do Direito Internacional e são reconhecidos pelo artigo 6 do Estatuto do Tribunal de Nuremberg; os mesmos foram reafirmados em seus julgamentos pronunciados entre 20 de novembro de 1945 e 1 de agosto de 1946. Por sua vez, foram qualificados como crimes de lesa-humanidade os atos atroz cometidos contra a população civil, a perseguição por motivos políticos, o homicídio, o extermínio e a deportação, dentre outros. Essa definição de crimes contra a humanidade foi ratificada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 11 de dezembro de 1946³⁷.

A categoria de crime contra a humanidade parte de um princípio básico e fundamental: são comportamentos que atentam de forma mais brutal contra as pessoas, negando sua dignidade inerente como parte do gênero humano e afetando-as em seus direitos mais elementares, como a vida, a integridade e a liberdade, que são os pilares sobre os quais se constitui uma sociedade civilizada e o próprio Estado de Direito.

Os crimes de lesa-humanidade são:

atos graves de violência que prejudicam os seres humanos, atacando o que é mais essencial: sua vida, sua liberdade, seu bem-estar físico, sua saúde ou sua dignidade. São atos desumanos que, pela sua difusão e sua gravidade, excedem os limites toleráveis da comunidade internacional, que deve necessariamente exigir sua punição. Mas os crimes de lesa-humanidade transcendem igualmente o indivíduo, pois quando este é atacado, ataca-se e nega-se a humanidade. Então, o que caracteriza essencialmente os crimes de lesa-humanidade é o conceito da humanidade como vítima³⁸.

Nem o Estado, nem qualquer órgão do governo, especialmente o judicial, podem ignorar esses valores e princípios, que são humanos e não estatais e que, necessariamente,

36 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigos 25 e 1.

37 Resolução nº 95.

38 Tribunal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Caso Erdemovic. Decisão de 29 de novembro de 1996.

integram-se no sistema de Direito interno. Daí a sua obrigatoriedade, se não se quer dar lugar e cobertura à barbárie.

No artigo 7 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, de 17 de julho de 1998, se prevê que será entendido como crimes de lesa-humanidade:

" qualquer dos seguintes atos que se cometa como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento desse ataque:

a) Assassinato;

b) Extermínio;

c) Escravidão;

d) Deportação ou transferência forçada da população;

e) Prisão ou outra privação grave da liberdade física, em violação das regras fundamentais do Direito Internacional;

f) Tortura;

g) Estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou outros abusos sexuais de gravidade comparável;

h) Perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria fundada em motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de gênero definido no parágrafo 3, ou outros motivos universalmente reconhecidos como inaceitáveis no Direito Internacional, em conexão com qualquer ato mencionado no presente parágrafo ou com qualquer crime de competência deste Tribunal;

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

j) Crime do Apartheid;

k) Outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grandes sofrimentos ou atentem gravemente contra a integridade física, a saúde mental ou física".

4. Obrigações do Estado para adequar o Direito interno

El Salvador é parte da Carta das Nações Unidas desde 1945; portanto, na época da Resolução nº 95, estava comprometido com o “respeito às obrigações de tratados ou de outras fontes do Direito internacional”. O Estado salvadorenho, junto com todos aqueles que se incorporaram então como membros da organização universal, declarou que cumpriria com suas obrigações como membro do mesmo; isso significa evitar sofrimento à humanidade e garantir o respeito dos direitos fundamentais. Desse modo, em 1946, integrou-se ao sistema jurídico internacional, que considerava puníveis os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade.

Além disso, El Salvador reconhece a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já decidiu incluir entre os crimes contra a humanidade a execução de atos perpetrados no âmbito de ataques sistemáticos ou generalizados em detrimento de populações civis. Também afirmou a proibição de cometer tais delitos, a qual constitui uma norma de *ius cogens*³⁹, cuja sanção é obrigatória por força do Direito Internacional integral. Assim, não favorece a posição do Estado salvadorenho o argumento da existência de obstáculos jurídicos internos como a prescrição e a anistia.

El Salvador reconheceu e integrou à sua legislação interna os mais importantes instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário desde antes do conflito armado e dos fatos conhecidos nesse processo. Em conjunto, esses instrumentos internacionais constituíam um sistema de proteção dos direitos das vítimas e uma clara enumeração das obrigações estatais de respeitar e garantir os direitos e liberdades fundamentais. Os casos conhecidos por este Tribunal significam um crasso rompimento do regime constitucional e do regime internacional de respeito e garantia dos direitos fundamentais.

Ainda que à época não existissem as convenções contra a tortura e os desaparecimentos forçados da Organização dos Estados Americanos e das Nações Unidas, o certo é que os tratados vigentes em El Salvador durante a época dos fatos – em particular a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – estabeleciam expressamente a proibição dessas práticas e a conseqüente obrigação de preveni-las, puni-las e erradicá-las.

À época da ocorrência dos graves fatos conhecidos durante as sessões deste Tribunal, na legislação penal salvadorenha não se encontravam tipificados os delitos de tortura e desaparecimento forçado de pessoas. Entretanto, tal circunstância não pode e nem deve servir de pretexto para

39 Direito comum obrigatório.

manter a impunidade que favorece seus autores. Entretanto, no Código Penal vigente nesses anos, existiam fatos puníveis que, sobre outros termos, serviam aos mesmos objetivos de proteção contra a tortura e o desaparecimento forçado; constituíam, pois, a base legal suficiente para sancionar os responsáveis.

Além do mais, a ausência de normas de Direito interno não é justificativa para o descumprimento das normas de caráter superior, nem para omitir a proteção das vítimas de violações de seus direitos humanos, nem para deixar de punir os culpados dos mais graves crimes de caráter internacional. O Direito tem horror ao vazio, mas muito mais à irracionalidade, essa é a feliz conclusão de Martin Pallín, magistrado do Tribunal Superior Espanhol e membro da Comissão Internacional de Juristas.

5. A anistia: pretexto contrário ao Direito Internacional

A vigente lei de anistia geral para a consolidação da paz é a desculpa oficial para não levar à Justiça Penal os autores de graves violações de direitos humanos, delitos contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio. Entretanto, vale lembrar a resolução das Nações Unidas N° 2338, de 18 de dezembro de 1967, que declara a imprescritibilidade de crimes de lesa-humanidade. De sua parte, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou em muitos casos tal condição⁴⁰. Esse é um princípio de Direito Internacional Consuetudinário, ao qual não se pode contrapor uma limitação temporal.

É importante afirmar que, sob a normativa universal, não se pode reconhecer a validade dos decretos de autoanistia⁴¹. No caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que não se pode conceder anistia frente a crimes de lesa-humanidade e que as leis de autoanistia são, por si mesmas, uma infração à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos; estas últimas não têm nenhum efeito legal e não podem constituir um obstáculo para a investigação dos fatos, como os apresentados a este Tribunal, nem tampouco para a unificação da punição de seus responsáveis.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu para o caso *Barrios Altos vs. Peru*, em sua sentença de 14 de março de 2001, o seguinte:

São inaceitáveis as medidas de anistia, as de prescrição e o estabelecimento de leis para eliminar a responsabilidade de proibir a investigação e punição dos responsáveis

40 Exemplo: *Caso Barrios Altos vs. Perú*, parágrafo 41; *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, parágrafo 99.

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos vs. Perú*, parágrafo 41.

das violações graves dos Direitos Humanos, tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todos eles proibidos por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Como lembra este Tribunal em seu acórdão de 2009, lembrando o caso do massacre na Universidade “Centro-americana José Simeón Cañas” realizado em 16 de novembro de 1989, a anistia salvadorenha

elimina legalmente o direito à justiça estabelecido pelos artigos 1(1), 8(1) e 25 da Convenção Americana, pois impossibilita uma investigação efetiva das violações dos direitos humanos, o processamento e sanção de todas as pessoas envolvidas e a reparação do dano causado. Com isso, como já havia dito a CIDH⁴² em relação a este decreto, foi ignorado os direitos legítimos das indenizações aos familiares das vítimas, o qual certamente não constitui uma medida de reconciliação. Por conseguinte, a Comissão reitera, com base no exposto, que dadas as circunstâncias, fins e efeitos da lei de anistia geral, aprovada pela Assembleia Legislativa de El Salvador pelo Decreto 486 de 1983, dito ato violou as obrigações internacionais assumidas pelo Estado ao ratificar a Convenção Americana, ao permitir a figura da “anistia recíproca” (que não teve como um passo prévio um reconhecimento de responsabilidade), apesar das recomendações da Comissão da Verdade; sua aplicação aos crimes de lesa-humanidade; e a eliminação da possibilidade de se obter uma reparação integral adequada, incluindo a patrimonial, pelos danos causados. Por isso, a CIDH conclui que o Estado violou o artigo dois da convenção Americana, em concordância com o artigo 1(1) do mesmo instrumento internacional.

A essa fundamentação nos remetemos neste momento, para justificar e exigir a obrigação estatal em El Salvador de investigar e penalizar as violações graves denunciadas durante suas sessões de 2010.

6. O direito à reparação integral

Cabe estabelecer agora a dimensão do direito à reparação e explicitar qual é o conteúdo específico dessa expressão do Direito Internacional. A Resolução 60/147 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 2005, estabelece princípios e orientações básicas sobre os direitos das vítimas de graves violações dos direitos humanos internacionais e as violações graves do Direito Internacional Humanitário.

A) EXTENSÃO

A elas deve ser dado, levando em conta as circunstâncias de cada caso, a compensação plena e efetiva nas seguintes formas: restituição, indenização, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição.

A restituição implica em devolver à vítima a situação anterior mediante o restabelecimento de sua identidade, a reintegração em seu emprego e a devolução de seus bens, entre outras medidas.

A indenização significa reparar todos os danos físicos ou mentais, a perda de oportunidades – em particular as de emprego, educação e benefícios sociais –, os danos materiais, a eventual perda de receitas, incluindo os lucros cessantes, e os danos morais.

A reabilitação inclui assistência médica e psicológica, bem como serviços jurídicos e sociais, e deve ter sempre presente que as vítimas de violações graves sofrem, em determinadas ocasiões, danos psicológicos permanentes.

A satisfação inclui a investigação dos fatos, a revelação completa da verdade sempre que isso não provoque mais danos, a busca de pessoas desaparecidas e dos cadáveres dos assassinados, a aplicação de sanções judiciais ou administrativas aos responsáveis pelas violações e a restauração da dignidade das vítimas através de comemorações, homenagens apropriadas e outras ações. *"A destruição da memória – diz Juan José Tamayo – é uma medida típica de regimes totalitários. Quando se tiram dos seres humanos suas lembranças e os seus sonhos, começa seu estado de escravidão"*⁴³.

No sistema Interamericano de Direitos Humanos, o direito à verdade se reconhece, além do mais, como um princípio emergente de direitos humanos que tem sua origem no direito à proteção judicial junto ao de buscar e de obter informação. A conjugação do direito à proteção judicial e o direito à busca de informação fundamenta o direito à verdade. E sua reivindicação é inevitável porque, nas palavras de Mario Benedetti, *"não é o esquecimento que pode salvar uma comunidade do rancor e da vingança. Só o exercício da justiça permite que a comunidade recupere seu equilíbrio"*⁴⁴.

Por último, a reparação exige garantias contra a repetição por meio de medidas muito concretas nas áreas da educação, promoção das normas internacionais de direitos humanos, revisão

43 Juan José Tamayo, ver: <<http://www.redescristianas.net/2010/02/20/quedan-los-arboles-que-sembraste-ijuan-jose-tamayo-teologo/>>.

44 Ver: <http://www.memoriaactiva.com/anteriores_abajo2001marzo.htm>.



e reforma das leis para que se adaptem a um novo contexto de observância dos direitos humanos, fortalecimento do Órgão Judicial, proteção das defensoras e defensores dos direitos humanos, assim como garantia de que os procedimentos civis e militares se ajustem às normas internacionais, dentre outras.

B) CONCREÇÃO

Perante este Tribunal, as vítimas solicitaram reparações pessoais relacionadas a satisfações econômicas e de qualquer outra natureza que estejam ligadas ao seu bem-estar legítimo; também demandaram indenizações de ordem coletiva. Mas não basta um simples ainda que importante pronunciamento relativo à satisfação econômica; exige-se, ainda, que todas as pessoas afetadas contem com os recursos necessários para se tornarem protagonistas na busca da felicidade, bem como nas decisões da comunidade social e política a que pertencem. Também devem ser partícipes no cumprimento do dever da humanidade para erradicar a pobreza, como decidiu este Tribunal em 2009.

Este Tribunal pode constatar, como elemento comum a todos os casos individuais denunciados, um grave déficit de proteção social, quando não a sobrevivência em condições de miséria para as vítimas das violações de direitos humanos e seus familiares. O que aumenta o sofrimento físico e psíquico das mesmas, a penalização adicional que deriva da marginalização e a exclusão social.

São constantes vidas laborais destruídas pela prisão, morte ou desaparecimento forçado de familiares, quase nunca retomadas depois de sofrer a repressão; isso é associado a uma falta geral de pensões por invalidez permanente, aposentadoria, viuvez e orfandade.

Ao mesmo tempo, a falta de infraestrutura básica e de serviços públicos essenciais de educação, saneamento e habitação continua sendo uma realidade de grave injustiça nas comunidades arrasadas pelos massacres coletivos analisados.

Por último, a falta de proteção e a exclusão social das vítimas sempre estão associadas ao seu desterro espiritual indefinido de uma sociedade não solidária, anestesiada pelo medo e a manipulação informativa. Por conseguinte, as dinâmicas do encerro (detenção), o sepultamento (morte) e o exílio (emigração) são os únicos caminhos para milhares e milhares de jovens sem esperança em El Salvador.

Diante dessa dramática realidade que encontramos, especialmente com as provas testemunhais examinadas, os membros deste Tribunal consideram urgente e necessário reconhecer a todas as vítimas de perseguição política – antes, durante e após a guerra – o direito à reparação

adequada, efetiva e justa, restaurando às mesmas seus direitos econômicos e sociais no âmbito da administração do Estado. Em todo caso, o reconhecimento de pensões por invalidez e morte, a fim de determinar os requisitos e benefícios, deverá equiparar-se aos supostos derivados da contingência de acidentes de trabalho.

Mesmo assim, serão necessárias novas disposições legais que estabeleçam benefícios econômicos indenizatórios pelos anos de prisão ilegal, pelos danos físicos e psíquicos, pela morte e o desaparecimento direto de familiares das vítimas denunciadas e pela perda do direito ao exercício de um projeto de vida.

Finalmente, o Estado e a sociedade salvadorenha deverão dotar-se de instrumentos de incentivo para a memória coletiva, destinados a proporcionar a reparação moral das vítimas e de reabilitação das comunidades exterminadas. Tudo isso a fim de conseguir uma reparação integral que possibilite a concessão de perdão para os homens e a democratização do país.

X. A VÍTIMA E SUA ÚLTIMA PALAVRA

Este tribunal pediu que, em representação de cada uma e de todas as vítimas que intervieram nas distintas sessões realizadas durante esses dias, uma delas comparecesse a expor seus sentimentos. Aronette Díaz, viúva de Mario Zamora Rivas, o fez nos seguintes termos⁴⁵:

Espero cumprir com o desafio de interpretar os sentimentos das pessoas que iniciaram esta rota conosco, que são dolorosos, mas também nos ajudam a restaurar a nossa dignidade; ajudam-nos, em muitos casos, a recolher os pedaços de nós mesmos, ainda que não estejam totalmente recompostos pelo acúmulo do tempo. Mas também isso é necessário para alcançar a verdade e a justiça. Nós, as vítimas de violações dos direitos humanos, estamos percorrendo os caminhos para encontrá-las.

Essa justiça e essa verdade que muitos atropelam parecem, por um instante, que voltaram para os céus porque aqui na terra não as encontramos. Porém há muitos símbolos que estamos vivendo ao longo desta jornada, como o fato de que este Tribunal tenha se instalado nesta cidade de Suchitoto; é significativo que tenha se instalado em Pascua de Resurrección, porque as vítimas não perderam a esperança de encontrar justiça e verdade.

Sabemos que não é fácil, por experiência própria, e que transcorreram muitos anos nos quais nos negaram. Sabemos que muitos estão querendo roubar nossa memória, mas

também é tão irônico que muitas vezes somos as vítimas – para não dizer sempre – que damos o primeiro passo em busca de uma reconciliação, ainda que nos queiram roubar e esconder nossa história. Sabemos que, à medida que nos roubem e nos ocultem nossa história, estar-se-á contribuindo para que nossa sociedade não se cure. E para que esteja em uma posição diferente dessa que vivemos até hoje; para dar um passo que nos leve a uma situação diferente, é necessário curar.

Curar significa estabelecer a verdade, reconhecer a verdade dos fatos. E reconhecer a verdade dos fatos significa não nos negar a oportunidade de contar nossas histórias, quantas vezes seja necessário. Muitas vítimas até agora não tiveram a oportunidade de fazê-lo e isso é grave, porque a audiência da história da vítima é fundamental para a busca da reconciliação. Ouçam-nos com paciência. Mas, além disso, queremos – neste processo de reconciliação – ajudar a encontrar a paz oferecendo o perdão. Mas não sabemos a quem perdoar.

Não basta que um presidente venha e peça perdão em nome do Estado. Essa é uma parte, mas não é suficiente porque não sabemos a quem vamos perdoar. Mas, também, o dia que o presidente falou, pedindo perdão pelas atrocidades cometidas e terminou seu discurso, representantes da direita não o aplaudiram; sequer se levantaram para cumprimentá-lo, no final de seu discurso. Então, se o presidente, que tecnicamente nos representa, o faz, é bom; mas falta que outro setor da sociedade que representa grandes interesses e setores no qual está envolvido este senhor Roberto D'Aubuisson – o fundador do partido ARENA – volte com um olhar de humildade para as vítimas e, de verdade, os vejamos em uma atitude diferente em busca da reconciliação. Se não, será muito difícil, por mais que o presidente pronuncie esse tipo de declarações, que neste país haja paz e justiça.

Além disso, não quero que continuem nos ofendendo, dizendo que já passou muito tempo e que já esquecemos o que aconteceu. Diga-me um de vocês como esquecer um fato que marca realmente nossas vidas; por acaso algum de vocês se esquece do dia mais importante de sua vida, como por exemplo, o dia do nascimento de seu filho ou o dia em que se casou? Então, porque nos pedem para esquecer? Será que eles estão nos pedindo para esquecer, para o conforto do algoz e talvez assim não se sentirem culpados? É entrar na intimidade das pessoas.

Mas a verdade é que a memória continua intacta. E é necessário, então, restabelecer os direitos que nos foram retirados. Queremos ser respeitados e que nossa honra seja restituída e também o nosso nome, que seja restabelecida a honra e os nomes de

nossos parentes que desapareceram assassinados e torturados. Por isso viemos nesta jornada perante este Tribunal, para pedir em diferentes tons que resplandeça a verdade e a justiça; que não persigamos a verdade e a justiça como criminosos e desfigurantes. Queremos que as novas gerações conheçam nossa história para que os mesmos erros não sejam cometidos novamente; que não escutem histórias fragmentadas por qualquer das partes.

A justiça deve ser integral, de maneira que nós, as vítimas, não sejamos novamente vitimizados. Queremos que nos escutem com a mesma liberdade; que eu possa ir até o juiz e dizer: “Isso aconteceu comigo”. Deve haver compaixão, para que se ouça tudo o que temos a dizer, porque o dano das violações dos direitos humanos – como já foi dito ao longo desta jornada – vai além de um simples desaparecimento físico de uma pessoa. Causaram-nos danos que são difíceis de quantificar na alma das pessoas e isso é uma maneira de restaurá-la: a oportunidade de escutar, de contar essa história em diferentes tons em que se possa escutar.

Mas também o Estado tem outra possibilidade que nós, as vítimas, não temos. Além de algumas instâncias envolvidas neste trabalho, como o IDHUCA, que documenta casos e em seguida os publica para seu conhecimento e divulgação, o Estado tem muito mais recursos para isso. Para além do reconhecimento e outro tipo de questões, o Estado pode também incorporar essas histórias no currículo escolar; o Estado também pode recorrer à publicação destes depoimentos, porque lamentavelmente muitos jovens creem que o que nós, os ‘velhos’, contamos são apenas contos de ‘velhos’.

O Estado deveria contribuir dessa maneira para a divulgação destes fatos. Possivelmente o Estado, como é um pouco mais rígido para algumas questões, não tenha gente para produzir textos que normalmente são executados por outras instituições que se dedicam a isso. O Estado poderia assumir essas produções e reproduzi-las por meio dos meios de comunicação. Não me atrevo a dizer unicamente ao Estado o que fazer, porque quando não mencionamos nominalmente as instâncias, o que acontece é que cada uma joga as responsabilidades na outra.

Há muitas coisas que se pode fazer para restituir a honra e a dignidade das vítimas. Estes são os primeiros passos que damos e esperamos que não termine aqui, até que tenhamos encontrado um novo lugar onde, juntos, possamos realmente começar a construir uma sociedade, na qual brilhem a verdade e a justiça. Que já não tenham de se esconder e sigam com a sensação de que voltaram para os céus, ainda que seja uma realidade entre nós.



Mario Zamora Díaz, filho de Mario Zamora Rivas, falando do direito à verdade, afirmou o seguinte: “*Quero perdoar, mas tenho de saber antes a quem*”. Referindo-se ao que sentiria se os algozes de seu pai aparecessem diante deste Tribunal e – com humildade e sinceridade – lhe pedissem perdão, respondeu: “*Paz e felicidade*”.

XI. DECISÃO

O Tribunal Internacional para a Aplicação da Justiça Restaurativa em El Salvador reconhece alguns esforços pontuais do atual governo nacional no sentido de (i) solicitar perdão às vítimas da repressão de antes e durante a guerra; (ii) reconhecer a dignidade das vítimas, como no caso do monsenhor Romero; (iii) afirmar a responsabilidade do Estado pelas graves violações executadas, em sua maioria, contra civis indefesos alheios ao conflito; e (iv) levantar a necessidade de realizar ações concretas para a dignidade das vítimas e sua reparação.

Entretanto, considera que esses esforços não são suficientes e efetivos para erradicar a impunidade e satisfazer em sua plenitude o direito à reparação integral de cada uma e de todas as vítimas, como exige a norma internacional.

Por essa razão, vistos os artigos supracitados e outros, de aplicação geral e relevante, este Tribunal CONCORDA em:

1. DECLARAR a responsabilidade do Estado salvadorenho pelas torturas das quais foram vítimas ROLANDO ERNESTO GONZÁLEZ MORALES, CARLOS ERNESTO SANTOS MENJÍVAR e ROXANA HERNÁNDEZ.
2. DECLARAR a responsabilidade do Estado salvadorenho e de suas Forças Armadas pelo massacre de COPAPAYO.
3. DECLARAR a obrigação do Estado salvadorenho de proporcionar os nomes dos membros das Forças Armadas que participaram do massacre.
4. DECLARAR a responsabilidade do Estado salvadorenho pelo desaparecimento forçado de FRANCISCO ARNULFO VENTURA REYES e JOSE HUMBERTO MEJIA.
5. DECLARAR a responsabilidade do Estado salvadorenho pela execução sumaria de MARIO ZAMORA RIVAS e a violação do dever de garantia em virtude de não haver adotado medidas adequadas que impedissem o fato, considerando a existência de antecedentes sérios sobre o perigo que corria, e pela negligência evidente na investigação do caso.

6. ESTIMAR a existência de indícios suficientes da autoria intelectual do major Roberto D'Aubuisson Arrieta na execução de MARIO ZAMORA RIVAS que devem ser investigados, em função de estabelecer a verdade sobre sua participação e a de outras pessoas.
7. DECLARAR a responsabilidade do Estado salvadorenho pela violação do direito à justiça em detrimento das famílias de todas as vítimas afetadas nos casos expostos diante deste Tribunal, de acordo com o que está previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, especificamente nos artigos 14 e 25, respectivamente.
8. DECLARAR a persistência da obrigação do Estado salvadorenho de investigar e sancionar os eventos ocorridos em detrimento dos indivíduos e de suas famílias mencionadas acima, destacando como altamente censurável a injustificável inatividade do Gabinete Geral da República.
9. EXIGIR, na medida em que constitui um obstáculo para a investigação da verdade, a derogatória da lei de anistia geral para a consolidação da paz e sua substituição por uma norma que dignifique e repare as vítimas e a sociedade.
10. DECLARAR, a favor de ROLANDO ERNESTO GONZÁLEZ MORALES, CARLOS ERNESTO SANTOS MENJÍVAR, ROXANA HERNÁNDEZ e de seus familiares, o direito a uma reparação integral por todos os danos sofridos.

Tal reparação deve fornecer, pelo menos, o seguinte:

- a) Pensão como sobreviventes dos graves atos de tortura causados por agentes estatais.
 - b) Reabilitação que inclua assistência médica e psicológica integral, assim como serviços jurídicos e sociais, com especial atenção aos danos psicológicos permanentes.
 - c) Indenização financeira pelos danos físicos, psíquicos, materiais e morais derivados da violação de sua integridade pessoal, bem como por causar prejuízo ao direito de traçar livremente seu projeto de vida.
 - d) Conhecer toda a informação a respeito de seus familiares mortos ou desaparecidos.
11. No que se refere ao senhor ROGELIO MIRANDA e de outras vítimas que provem ser sobreviventes do massacre de COPAPAYO, DECLARAR seu direito a uma reparação



integral por todos os danos sofridos que deverá incluir – pelo menos – os seguintes aspectos:

- a) Direito a uma pensão.
 - b) Direito a uma indenização econômica pelos danos físicos, psíquicos e morais derivados da repressão; também pelo prejuízo ao seu direito de traçar livremente seu projeto de vida.
12. No que se refere à mãe e à família de FRANCISCO ARNULFO VENTURA REYES e dos familiares de JOSE HUMBERTO MEJIA, DECLARAR seu direito a uma indenização financeira pelos danos físicos, psíquicos, materiais e morais derivados de seu desaparecimento forçado, que inclua a reparação por prejuízo ao direito de traçar livremente o seu projeto de vida.
 13. DECLARAR a obrigação do Estado salvadorenho de determinar o paradeiro de FRANCISCO ARNULFO VENTURA REYES e de JOSE HUMBERTO MEJIA, investigando os fatos ocorridos e abrindo todos os arquivos oficiais; também, exigindo a informação e qualquer outro tipo de colaboração que sejam pertinentes ao governo dos Estados Unidos da América, inclusive para que facilite a folha de pagamento de todos os funcionários designados em sua sede diplomática, onde foi presa a vítima direta.
 14. DECLARAR o direito da viúva de MARIO ZAMORA RIVAS a obter uma reparação integral que inclua indenização econômica e uma pensão digna no contexto das normas de segurança social.
 15. DECLARAR o direito a uma indenização econômica para os dois filhos de MARIO ZAMORA RIVAS pelos danos físicos, psíquicos, materiais e morais derivados da perda de seu pai, que inclua a reparação por prejudicar o direito de traçar livremente seu projeto de vida, bem como a provisão de serviços médicos e psicológicos, com especial atenção aos danos psicológicos permanentes infligidos.
 16. DECLARAR a obrigação do Estado salvadorenho e do Gabinete Geral da República, em particular, no sentido de investigar as circunstâncias e a autoria da execução de MARIO ZAMORA RIVAS, superando qualquer obstáculo de fato ou de Direito interno conforme as normas do Direito Internacional vigente em El Salvador, até conseguir o pleno conhecimento da verdade.
 17. DECLARAR a obrigação do Estado salvadorenho no que tange à reabilitação integral das comunidades afetadas pelo massacre de COPAPAYO, dotando-as de serviços

educativos, de saúde e sociais adequados, bem como de moradias dignas para todos os seus habitantes que as solicitem.

18. DECLARAR a obrigação do Estado salvadorenho de divulgar a verdade do que aconteceu com todas as vítimas deste país, no contexto de repressão e de conflito interno, especialmente por meio de programas de educação básica, secundária e universitária para descrever a verdade dos fatos e promover práticas de respeito aos direitos humanos, a fim de garantir a não repetição de eventos similares.
19. DECLARAR a obrigação do Estado salvadorenho de difundir amplamente o relatório da Comissão da Verdade e convertê-lo em texto oficial dos programas educativos, que deverão ser estendidos aos centros de formação militar, policial e a outros funcionários.
20. DECLARAR a obrigação do Estado salvadorenho de criar uma comissão investigadora para que retome os trabalhos da Comissão da Verdade e que, em um prazo razoável, apresente ao Poder Judiciário – em coordenação com o Ministério Público – as medidas legais necessárias para superar o atual cenário de impunidade que protege todos os criminosos no país.
21. DECLARAR a obrigação do Estado salvadorenho de estabelecer uma pensão universal para todas as vítimas do conflito afetadas por sequelas físicas e psíquicas, que não podem ser obtidos por meio do sistema de segurança social. As vítimas devem ser prioridades nos programas do Estado de assistência social e as principais beneficiárias das ações oficiais que promovam oportunidades educacionais e trabalhistas.
22. DECLARAR a obrigação do Estado salvadorenho de abrir todos os arquivos em seu poder que contenham informações sobre os períodos da repressão, a guerra e a pós-guerra.
23. DECLARAR a obrigação do Estado salvadorenho de criar a Fundação para a Verdade com a participação fundamental da sociedade civil, que será responsável – entre outros assuntos – por repatriar os registros da Comissão da Verdade e todos os demais que registrem informações sobre o ocorrido antes e durante a guerra, para disponibilizá-los para a população salvadorenha que ainda vê adiado o seu direito de saber toda a verdade.
24. DECLARAR a necessidade de que o Estado salvadorenho adquira a propriedade das terras afetadas pelo massacre de COPAPAYO, para facilitar o acesso de toda a população às mesmas e declará-las campo santo ou terra sagrada.



25. DECLARAR o direito das vítimas a exumar e a identificar seus familiares assassinados e ao seu sepultamento posterior em lugares que deverão estabelecer as autoridades competentes, contando com o conhecimento e o consentimento das pessoas.
26. DECLARAR a obrigação do Estado salvadorenho de criar museus e outros lugares comemorativos, bem como promover homenagens dedicadas a preservar a memória coletiva relacionada com as vítimas da repressão e da guerra.

XII. RECOMENDAÇÕES

Este Tribunal, consciente das suas atribuições e até mesmo da sua responsabilidade derivada de várias normas internacionais, levando em conta as razões de sua constituição, decidiu emitir – após as decisões sobre as questões levantadas – uma série de recomendações dirigidas tanto ao Estado e a seus legítimos representantes quanto às pessoas e às organizações da sociedade salvadorenha, sempre em busca de sua missão de promover a necessária reparação integral das vítimas.

Assim, sem prejuízo das declarações anteriores, do reconhecimento de outros direitos e da adoção de medidas compatíveis com a situação apresentada, este Tribunal RECOMENDA:

1. Que, para garantir a não repetição de tais atos hediondos e fortalecer o sistema interno de proteção dos direitos humanos, sejam integradas à legislação nacional importantes tratados internacionais dos direitos humanos que ainda não foram ratificados pelo Estado salvadorenho. Entre esses se encontram o Protocolo Facultativo da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Crimes Cruéis, Desumanos ou Degradantes; o Protocolo Facultativo da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher; as convenções universal e interamericana contra o desaparecimento forçado; a convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade; e o Estatuto da Corte Penal Internacional. Ainda assim, terão de adequar a legislação interna às obrigações previstas pelos tratados internacionais dos direitos humanos.
2. Que, em cumprimento do mesmo objetivo, se fortaleçam as instituições integrantes do sistema judicial, bem como as relacionadas com a proteção dos direitos das vítimas e o controle do uso da força pública, a fim de que se encontrem em condições de agir eficazmente no cumprimento de suas missões constitucionais e garantam a não repetição dos crimes conhecidos por este Tribunal.

3. Que deem continuidade na verificação do cumprimento dos compromissos assumidos perante o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e outras organizações internacionais.
4. Que sejam estabelecidos mecanismos de reparação, individual e coletivo, rápidos e acessíveis, aos quais possam recorrer todas as pessoas e as comunidades que provêm sua condição de vítimas de qualquer ato contrário à legislação nacional e tratados internacionais, sem prejuízo dos procedimentos de mediação que facilitem sempre que sejam mutuamente aceitos.
5. Que o Estado salvadorenho, por meio de seus legítimos representantes, estabeleça os mecanismos para que toda a documentação oficial relacionada com o ocorrido antes e durante a guerra seja conhecida pela sociedade salvadorenha, a fim de assegurar o estabelecimento pleno da verdade e as responsabilidades em que tiver incorrido.
6. Que seja reconhecido o direito de toda pessoa que tenha sofrido atos contrários à sua dignidade, integridade ou liberdade, para relatar e difundir, por meio de qualquer meio, os acontecimentos que lhe afetem.
7. Que a presente decisão e suas recomendações constituam o primeiro ato reparatório a que as vítimas aqui identificadas tenham direito, pertencente ao âmbito da humanização das relações com o Estado.
8. Que o IDHUCA apresente esta sentença a todas as representações diplomáticas em El Salvador e a todas as organizações e instituições nacionais e internacionais com competência e sensibilidade em matéria de direitos humanos.
9. Que o IDHUCA sistematize a metodologia deste Tribunal e proponha ao Estado salvadorenho desenvolvê-la em todo o país como política pública da justiça restaurativa.
10. Que todas as organizações patrocinadoras e colaboradoras atuais e as que doravante aderirem ao trabalho deste Tribunal publiquem esta sentença por todos os meios ao seu alcance, incluindo sua inserção em portais e fóruns da internet.
11. Que seja retirado o nome de Roberto D'Aubuisson de uma praça situada no Antigo Cuscatlán, distrito de La Libertad, e que o monumento a ele dedicado no mesmo lugar seja desmontado; ainda assim, deverão dismantelar o resto e fechar todos os museus que, com idêntica finalidade, possam existir em El Salvador dedicados a essa pessoa ou qualquer outro algoz.



12. Que seja retirado de toda a instalação oficial o nome do coronel Domingo Monterrosa Barrios e os de qualquer pessoa reconhecida como algoz.
13. Que a comunidade salvadorenha se organize para diminuir os espaços de vida aos algozes e comunique a outras organizações humanitárias de outros países o paradeiro dos algozes e dos torturadores, sempre que se tenha a informação, para que sejam processados nos termos do princípio da jurisdição universal.
14. Que o Estado salvadorenho declare e comemore o Dia nacional das pessoas presas ilegalmente por razões políticas e o Dia nacional das vítimas de torturas, assumindo os custos da divulgação – por todos os meios – de depoimentos importantes que ilustrem o sofrimento das mesmas e de seus familiares.
15. Que o Estado salvadorenho garanta a educação e a formação acadêmica a todas as pessoas afetadas pelas graves violações de seus direitos humanos.

XIII. CONSIDERAÇÕES DE ENCERRAMENTO

Jon Sobrino afirma que, no chamado “terceiro mundo”, a mudança fundamental consiste em um despertar; mas em um despertar de outro tipo de sonho, ou melhor, de um pesadelo em vez disso: o de superar a desumanidade.

Falando ao Tribunal, mas olhando diretamente nos olhos de Roxana, disse-lhe: *“Perdoa-nos, porque fora das vítimas não há salvação”*. E a todas as pessoas assistentes ao ato final, nos pediu: *“Humanizemo-nos. Lembremos de monsenhor Romero. Tenhamos atenção com a memória histórica. Espalhemos atitudes de humanização. Todos nós temos algo a fazer, pois além de buscar a justiça e a verdade, nos faz falta a ‘loucura’ da bondade humana”*.

Os membros deste Tribunal expressam a esperança de que o realizado nestas sessões contribua para que em El Salvador as vítimas consigam ver o despertar da justiça com sua valiosa e insubstituível luta contra a impunidade; que o façam com a mesma força e valentia, até obter sua reparação integral e o total conhecimento da verdade.

Dado na cidade de Suchitoto, distrito de Cuscatlán, República de El Salvador, aos dez dias de abril de dois mil e dez.

Sr. José María Tomás, Juiz presidente;
Sra. Gloria Giralt de García Prieto, Juíza vice-presidente.

Juizes:

Sra. Sueli Aparecida Bellato
Sr. Belisario dos Santos Jr.
Sr. Ricardo Iglesias
Sr. José Ramón Juárez

Secretário:

Henri Fino Solórzano



ANEXO 1

A criação e a atividade deste Tribunal foram conduzidas pelo Instituto de Direitos Humanos da Universidade Centro-Americana “José Simeón Cañas” (IDHUCA) e a Coordenadora Nacional de Comitês de Vítimas de Violações dos Direitos Humanos no Conflito Armado (CONACOVIC) de El Salvador. Para sua realização, contou com o patrocínio de:

- Fundación por la Justicia de la Comunidad Valenciana
- Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (Brasil)
- Universidad de Valencia
- Asociación de dos Antiguos Alumnos de Jesuítas de Valencia
- Fundación de la Solidaridad y el Voluntariado de la Comunidad Valenciana (FUNDAR)
- Asociación Valenciana de Consumidores y Usuarios (AVACU)
- Intermon Oxfam
- Centro UNESCO Valencia

E recebeu as seguintes adesões:

- Consejo General del Poder Judicial de España
- Agencia Española de Cooperación Internacional y Desarrollo (AECID)
- Comisiones Obreras del País Valencia

ANEXO 2

RELATÓRIO PERICIAL APRESENTADO PERANTE O TRIBUNAL PELO ADVOGADO ÓSCAR VÁZQUEZ MARTÍNEZ

Para começar a presente exposição pericial, permito-me esclarecer alguns conceitos básicos sobre os quais se constroem as conclusões periciais antes de expô-las a este Tribunal. Para uma melhor compreensão e a fim de evitar confusões, procedo à definição da noção de vítima que utilizarei.

Toda pessoa sujeita a uma ação violenta identificada por uma sociedade, sob qualquer tipificação legal, como criminal é considerada uma vítima. Essa categoria pode ser estendida tanto para os familiares quanto para comunidades expostas aos riscos potenciais do ato criminoso causado na vítima direta; seus parentes, portanto, bem como a sua comunidade e as pessoas que testemunharam o fato, podem ser consideradas vítimas em segundo grau ao serem também afetadas pela lesão da ação violenta. Esse efeito, no caso de crime contra a humanidade, prevalece no tempo de diversas formas e com distintos efeitos.

Esse conceito de vítima nos permite afirmar que toda ação criminosa deve ser assumida como um ato de violência, em qualquer das dimensões que seja expressa: a execução da agressão ou apenas a intenção de realizá-la contra alguém. Por isso, nesse tipo de Corte – espaços em que se ouve a verdade das vítimas e se procura reparar o dano causado – deve ser considerada a importância de analisar e medir o impacto e as consequências das ações criminosas sobre suas vítimas diretas e indiretas, ao invés de formas de execução. Em outras palavras, temos que esclarecer e expor muito bem quais foram as consequências danosas em curto, médio e longo prazos que causaram os massacres, as execuções sumárias, as torturas e os desaparecimentos forçados. Devemos lembrar que os danos podem prevalecer tanto na pessoa como nas comunidades em nível individual, patrimonial, nas relações e, sobretudo, na dignidade humana.

Quanto à avaliação das lesões e de seus impactos, não podemos medir de forma material as dimensões dos prejuízos e a dor causada a todas as vítimas, tampouco compará-las entre si. Portanto, o tipo de reparação que necessitam essas vítimas tem de ser estruturado, individualizado e socializado a partir das dimensões social, grupal e familiar. Nos últimos tempos, as recomendações sugeridas a este tipo de tribunal, no que se refere à reparação para as vítimas tanto da guerra quanto as identificadas no exercício cotidiano dos tribunais criminais, são inclinados para a sua redução e maior capacidade punitiva das leis.

Essa abordagem põe em causa a garantia de reparação do bem jurídico prejudicado, refletido na restauração da vítima, e a anulação dos efeitos da ação criminosa nociva. Portanto, a quantificação dos danos deve ser baseada nas consequências para as pessoas e as comunidades; a punição deve partir dessas medições e não apenas do tipo de ato praticado. É óbvio que a reparação dos casos em que os crimes são contra a humanidade deve contemplar uma condenação criminosa efetiva contra os indiciados; mas, sobretudo, deverá centrar-se em uma condenação moral que garanta a reparação dos danos em curto, médio e longo prazos, tendo um alcance não só individual, e sim coletivo. Essa teria de ser a prioridade para obter uma justiça efetiva.

Para compreender e avaliar juridicamente a natureza das consequências e a magnitude dos danos nas vítimas, nós temos que ir além das motivações dos algozes. Nesse caso, o impacto é tão especial, profundo e duradouro porque o ato criminoso infligido pelos algozes está motivado por uma construção do que chamamos 'imagem do inimigo', produto da doutrina castrense e ideológica de cada força beligerante. Essa 'imagem do inimigo' funciona como um atenuante ideológico aos questionamentos éticos e morais individuais de quem executa as ordens, como o agente militar e policial, a fim de realizar atos criminosos no cumprimento do 'dever' em 'defesa da Pátria' ou do 'lar'. Os executores veem às vítimas, mesmo sendo população civil, como inimigos ativos ou em potência equiparável às forças beligerantes reconhecidas.

Cita-se, por exemplo, o processo e o quadro ideológico da doutrina castrense do batalhão dos 'kaibiles' na Guatemala. Esse tipo de batalhões especiais e tropas de choque de elite tem um conceito de inimigo que permite identificar qualquer um como ameaça ativa ou potencial para a Pátria, entendendo Pátria não como um conceito coletivo referido no senso comum, e sim como um identificado com o governo, corpos militares e policiais; em última instância, com estilos de vida de poderosos grupos políticos, econômicos e sociais. Então, qualquer crítica a essas instituições e figuras pode ser considerada, sob o olhar da doutrina castrense, como um autêntico ataque à Pátria, embora seja só uma crítica ao sistema social ou às instituições que o sustentam contra o bem comum.

Portanto, todo aquele que questiona o Estado e suas instituições, os estilos de vida excludentes da maioria popular, é também inimigo sem se importar que seja parte de uma força insurgente ou que sua condição física ou social o capacite para isso. Isso leva as forças castrenses e policiais a verem como força hostil aqueles que 'se encaixem' em tal categorização; não interessa que sejam meninos, meninas, mulheres ou idosos, ou que nem tenham pegado em armas. Considera-se potencialmente inimiga toda a sociedade.

Essas forças repressivas – compostas por militares, policiais e paramilitares, junto com grupos ideológicos civis – terão como mandato a proteção de uma Pátria que é sinônimo do Estado,

independentemente do justo ou injusto que este seja com a sociedade. O que esses grupos não veem é que protegem certos interesses sociais. Para considerar qualquer um como inimigo, deve-se desatar um processo psicossocial de desumanização do 'outro', que permite despojar as vítimas de sua condição humana e, portanto, também as priva de qualquer direito humano. Além disso, devido ao processo de estigmatização social, as famílias também ficam desumanizadas, assim como as comunidades pertencentes às vítimas; seu meio social torna-se um ambiente hostil. Isso torna mais fácil para os algozes o desempenho de tantos horrores contra as vítimas, sem qualquer questionamento que medie o grau de brutalidade na execução das ações criminosas. Não são doentes mentais; são seres humanos doutrinados para eliminar inimigos potenciais, onde esses necessariamente não existem.

Uma vez explicada a natureza do conceito de vítima e a construção do pensamento do algoz sobre esse tipo de ação, podemos dar uma noção exata da dimensão do dano sofrido pelas primeiras e a razão para que prevaleça, no tempo e nas dinâmicas comunitárias e sociais, também as expressões do estresse pós-traumático experimentado pelas vítimas ao longo desses anos.

As consequências dos eventos traumáticos sobre as vítimas podem ser resumidas em duas: A individual e a coletiva. Na individual, pode sofrer três níveis de gravidade da síndrome do estresse, provocado por eventos traumáticos (DSM-IV TR):

1. Síndrome de estresse pós-traumático. Interrompe o projeto de vida das pessoas em dimensões importantes como a configuração da vida emocional ou a atitude de socialização na comunidade. Provoca mudanças de personalidade, como a degradação do autoconceito e dos sentimentos de culpa profundos relacionados com a sobrevivência dos eventos traumáticos. A síndrome do estresse pós-traumático é declarada quando os sintomas da vítima perduram por mais de duas semanas. Nos casos de violência extrema ou violência sexual, considera-se que a vítima passa diretamente para o estado de estresse pós-traumático pela gravidade dos sintomas e consequências diretas do trauma. Isso pode ser um parâmetro eficiente e concreto para determinar a nocividade e durabilidade dos danos nas vítimas ao longo do tempo, exigindo uma indenização, independentemente do tempo acumulado no estado de estresse pós-traumático.
2. Síndrome de estresse agudo. Todo ato traumático extremo ativa uma série de sinais no indivíduo, produto das consequências do trauma; nesse caso, do ato violento. O estresse é agudo se os sintomas perduram até três meses.
3. Síndrome do estresse crônico. Podem passar dez, vinte anos ou mais e se o indivíduo não for tratado ou não tiver os elementos a seu alcance para superar essas circunstâncias,



o que aponta uma falta de reparação psicossocial e comunitária, estamos diante das consequências da impunidade e obstrução da justiça por parte do Estado com instrumentos como a Lei da Anistia Geral para a Consolidação da Paz. As vivências dos fatos declarados perante este Tribunal continuam sendo percebidas pelas vítimas como vivências atuais cada vez que se solicita um testemunho ou haja um evento que lhes recorde o fato traumático. Por isso, o estilo de vida dessas pessoas se configura ao redor do estresse pós-traumático. A esse fato se atribui a importância de fomentar uma memória histórica reparadora para as vítimas e suas comunidades, necessária para reverter os danos gerais causados à sociedade civil pelo conflito armado salvadorenho; isso não será possível, se não houver um processo que complemente o reconhecimento da responsabilidade dos autores intelectuais de massacres e outras violações dos direitos humanos. Em poucas palavras, podemos dizer que a intenção das vítimas ao testemunharem naquele momento pode ser traduzida como a busca de pôr termo às consequências do trauma mediante o encontro da justiça restauradora do tecido social e não como uma exigência de vingança, como se tem pretendido criar com o discurso oficial. O estresse é crônico se os sintomas durarem três meses ou mais.

Os critérios para o diagnóstico do estresse pós-traumático são os seguintes:

- a) O indivíduo foi exposto a um acontecimento traumático no qual:
 - I. Experimentou, presenciou ou lhe foi explicado um ou mais acontecimentos caracterizados por mortes ou ameaças para sua integridade física ou a integridade dos demais.
 - II. Respondeu com temor, desesperança ou horror intenso. Nas meninas e nos meninos, estas respostas podem ser expressas em comportamentos desestruturados ou agitados.

- b) O evento traumático é vivido persistentemente por meio de uma ou mais das seguintes formas:
 - I. Lembranças recorrentes e intrusivas do evento, que provocam mal-estar, nas quais se incluem imagens, pensamentos ou percepções. Nas meninas e nos meninos, podem se expressar em jogos repetitivos nos quais aparecem temas ou aspectos característicos do trauma.
 - II. Sonhos de caráter recorrente sobre o evento, que produzem mal-estar. Nas meninas e nos meninos, pode haver sonhos aterrorizantes de conteúdo irreconhecível.

- III. A pessoa age com a sensação de que o evento traumático está ocorrendo. Inclui-se a sensação de estar revivendo a experiência, ilusões, alucinações e episódios dissociativos de flashback, que inclusive ocorrem ao despertar-se ou ao intoxicar-se. As meninas e os meninos pequenos podem voltar a representar o evento traumático específico.
 - IV. Mal-estar psicológico intenso ao expor-se aos estímulos internos e externos que simbolizem ou recordem um aspecto do evento traumático.
 - V. Respostas fisiológicas ao expor-se aos estímulos internos e externos que simbolizem ou lembrem um aspecto do evento traumático.
- c) Evitar, de maneira persistente, estímulos associados ao trauma e entorpecimento da reatividade geral do indivíduo, ausente antes do trauma, tal como indicam três ou mais dos seguintes sintomas:
- I. Esforços para evitar pensamentos, sentimentos ou conversas sobre o evento traumático.
 - II. Esforços para evitar atividades, lugares ou pessoas que motivam lembranças do trauma.
 - III. Incapacidade para lembrar-se de um aspecto importante do trauma.
 - IV. Marcada redução do interesse ou participação em atividades significativas.
 - V. Sensação de desapego e distanciamento dos outros.
 - VI. Restrição da vida emocional; por exemplo, incapacidade de ter sentimentos amorosos.
 - VII. Sensação de um futuro desolador; por exemplo, não esperar que possa conseguir emprego ou casar-se, formar uma família e – definitivamente – levar uma vida normal.
- d) Sintomas persistentes de aumento da ativação, ausente antes do trauma, tal como indicam dois ou mais dos seguintes sintomas:
- I. Dificuldades para conciliar ou manter o sono.
 - II. Irritabilidade ou ataques de ira.
 - III. Dificuldade para se concentrar.



IV. Hipervigilância.

V. Respostas exageradas de sobressalto.

- e) As alterações descritas nas alíneas b, c e d se prolongam por mais de um mês.
- f) As alterações provocam mal-estar clínico significativo ou deteriorização social, laboral ou de outras áreas importantes da atividade do indivíduo.

Os fatos narrados pelas vítimas perante este Tribunal revelam que nós, seres humanos, enfrentamos os problemas com os recursos emocionais, técnicos e habilidades sociais que temos no momento do trauma violento; portanto, aquilo que a vítima pode fazer naquele instante foi o melhor que pode alcançar. Isso é importante, pois permite redimensionar o pacto coletivo que tenham as vítimas com suas comunidades e redes de apoio social; permite visualizar os fatos traumáticos em uma dimensão coletiva e não somente no familiar ou pessoal. Daí a importância de que as vítimas tenham possibilidade de participar de processos terapêuticos.

Na existência de uma dimensão social coletiva do delito, pode-se visualizar o impacto psicossocial ilustrado com a destruição do tecido social; por isso, a vítima precisa de reparação e processos psicossociais de restauração.

Por tecido social deve-se entender 'a capacidade de uma comunidade em relacionar-se entre si e resolver os conflitos de formas não violentas', não só na área laboral, como também na área afetiva e em todo o âmbito em que exista um sentimento de comunidade. Esse sentimento de identidade social e seu processo de construção permitem às pessoas se identificar entre si, e integrar o seu projeto de vida individual a um coletivo. Também possibilita o desenvolvimento social e a solidariedade entre as pessoas e as comunidades. É, em palavras mais suaves, a tendência de nos agruparmos e de nos irmarmos.

O que causa a destruição do tecido social? O psicólogo social Ignacio Martín-Baró indicou três fenômenos psicossociais nocivos para trabalhar após o conflito armado que são a razão principal para considerar como imprescritíveis os crimes apresentados perante este tribunal, uma vez que à data, seus efeitos continuam vigentes na sociedade salvadorenha.

Em primeiro lugar, encontra-se o estabelecimento da violência estrutural no sistema social. As estratégias de resolução de conflitos relacionadas a um exercício de violência e dominação permanecem nas relações sociais como elementos únicos e eficazes para enfrentar o cotidiano estruturando as vivências, os projetos de vida e os vínculos entre coletividade e com as

instituições. Esa dinâmica de instauração da violência foi útil durante o conflito armado para justificar o uso da força como única via de solução das crises enfrentadas e em todo tipo de conflitos pessoais e comunitários.

Essas estratégias violentas permanecem no tecido social como únicos caminhos válidos e torna-se aceitável o exercício da dominação; seus elementos lesivos permanecem ativos para além do conflito interno armado. Hoje, não se produzem massacres realizados pelos mesmos grupos militares e policiais, mas as estatísticas revelam a permanência de execuções sumárias coletivas. A única mudança no cenário social atual são os protagonistas, mas a insegurança e a violência na sociedade continuam. Pode-se falar então dos efeitos subjacentes presentes, que encontram sua origem nos fatos violentos do passado do conflito armado. A intenção de manter a violência estrutural é o mesmo que contar com uma forma efetiva e rápida de domínio e desativação da sociedade civil por essa via.

Os crimes de pós-guerra como os do passado conflito armado causam impacto tanto à vítima quanto à comunidade, de modo a desativar por meio da impunidade a organização social e o desenvolvimento local, gerando desesperança e desânimo em todo o processo de organização. As comunidades em condição histórica de vulnerabilidade são condenadas a não sair da pobreza, como consequência direta da violência estrutural. Por isso, nas categorizações socioeconômicas salvadorenhas existe a categoria de extrema pobreza severa. A violência, por ser estrutural, continua a violar a sociedade salvadorenha perante a geração sistemática de vítimas pertencentes aos grupos que tradicionalmente permaneceram em situação de exclusão.

O segundo fenômeno notado por Martín-Baró é a polarização social, que tem suas raízes nas estratégias oficiais de propaganda e desinformação destinadas a enfraquecer o apoio da população a um determinado grupo. A utilização dessas estratégias também teve um efeito em longo prazo: evitar a organização popular para qualquer fim, garantindo, assim, a impossibilidade de um ressurgimento de grupos hostis ao regime. Entretanto, o estímulo e o apoio dessas tais táticas próprias da 'guerra de baixa intensidade' fizeram com que a sociedade salvadorenha mergulhasse em uma polarização social aplicável a qualquer terreno das relações sociais. Assim, o confronto entre as contrapartes de um conflito termina radicalizando-se e facilitando a aplicação da violência entre elas, assim como a justificativa de seu exercício. A fim de garantir a inativação de qualquer ação social organizada e potencialmente desestabilizante, semearam-se as sementes do confronto entre posições radicalizadas em qualquer âmbito.

Esse fenômeno reforça as tendências ideológicas que justificam a existência das leis de anistia e 'ponto final', já que, sob os argumentos de 'não abrir feridas' e 'superar rancores', esconde-se a polarização social que evidencia a incapacidade da sociedade para recorrer à estratégia alternativa

da violência e, portanto, à realização da justiça. O estímulo da polarização, então, deriva de uma sociedade fácil de submeter ao divisionismo entre seus membros e isso reforça a intolerância à diferença e para todo aquele que busque mudança estrutural, por meios que não a violência.

O impacto dessa polarização social entre as vítimas e em seu meio pode ser avaliado na ocultação das vítimas do conflito e na negação histórica dos fatos criminosos, degradando a imagem das primeiras até apresentá-las como pessoas ressentidas e sedentas de vingança; isso promove a estigmatização, o isolamento social e a obstrução da justiça. O pior da polarização social em relação à reparação das vítimas é que se contribui para marcá-las, no momento da abertura dos casos, como rancorosas, conflituosas e paradoxalmente como um risco para a paz. Ao final, resulta que as legítimas exigências de justiça das vítimas acabam sendo um sinal de remanescente beligerância dos grupos armados do passado e não uma lembrança necessária para evitar a impunidade, tanto a histórica quanto a atual.

O terceiro fenômeno psicossocial é a mentira institucionalizada. Esse é um discurso oficial para a construção de uma percepção distorcida da realidade social, que permite distorcer e interpretar os fatos históricos de tal maneira que justifique qualquer ação que tenha levado à consolidação da situação vigente. Outro fator agravante é que permite-se aceitar as incoerências entre as percepções estatais e as sociais, facilitando a polarização e favorecendo o incremento da violência estrutural. Essa percepção alterada é necessária para potenciar esquemas cognitivos alienantes, para a formação de instituições militares e de prestação de insumos para a construção da percepção das vítimas e seu papel nas ações criminosas.

O exemplo mais claro do impacto da mentira institucionalizada nas vítimas e sociedade civil é observado na baixa confiança da população para com as instituições judiciais, bem como a tendência de se transferir à vítima uma parte ou toda a responsabilidade de uma ação criminosa. A vítima acaba sendo a responsável pelo que lhe aconteceu. Essa percepção impede que os operadores e as operadoras do sistema de Justiça atribuam de maneira direta a qualidade de vítima aos indivíduos que são alvos de ações nocivas e duvidam de sua condição, o que gera falta de reconhecimento e respeito de seus direitos em processos legais, tanto os relacionados com os fatos do passado quanto os do presente.

A negatividade do sistema impede a aplicação dos instrumentos internacionais dos direitos humanos em favor das vítimas; isso produz uma reação em cadeia, ao não atribuir a qualidade de vítima à pessoa que sofreu abuso. Não se usa o marco jurídico internacional dos direitos humanos a favor das vítimas, mas sim dos acusados; dessa forma, se fomenta a falácia generalizada no sentido de que 'os direitos humanos só servem para defender delinquentes'. Com esta ideia implantada no imaginário coletivo, consegue-se anular o apoio popular das vítimas e facilita-se a desativação de

qualquer tentativa de reverter o processo. A mentira institucionalizada se retroalimenta do discurso oficial e das novas conjunturas históricas, criando uma falsa memória dedicada a conservar como inimigo atribuível a qualquer sujeito que se pronuncie contra o sistema atual.

Esses três fenômenos psicossociais prejudicam a saúde mental integral da população e garantem a permanência das dinâmicas traumatogênicas que atualizam o dano causado às vítimas históricas e à sociedade inteira. A forma de apreciar concretamente os efeitos desses três fenômenos pode ser encontrada na dinâmica traumatogênica de desumanização das vítimas por meio do processo da criação da imagem do inimigo.

A utilidade social da desumanização das vítimas é similar a qualquer processo de discriminação; seu objetivo fundamental é despojar a imagem da vítima de qualquer atributo que a relacione com um ser humano com direitos e com quem se possa sentir empatia por causa da semelhança. Essa etapa antecede a montagem de argumentos justificantes de qualquer ação contra a pessoa desumanizada, já que esta passa a ser um objeto sem direitos; sobretudo porque a ela se atribui uma capacidade hostil.

Essa atribuição se justifica pela opinião contrária expressa pela vítima ou qualquer ação considerada anormal, inadaptada ao sistema ou que possa ser interpretada como uma espécie de desobediência e – portanto – um claro sinal de rejeição e ameaça à Pátria ou a um determinado estilo de vida. Daí que não se assassine o menino ou a menina, que não se viole e esquarteje a mulher, não se afogue o idoso; extermina-se, segundo os doutrinados, uma força hostil ou um potencial perigo no futuro. Sob esses argumentos terríveis, os grupos militares e policiais executavam lactantes, meninos, meninas, mulheres, idosos e idosas, pois, afinal de contas, estavam “protegendo” a Pátria e o lar; cumpriam ordens para ficar bem diante da autoridade e obter o reconhecimento.

Esse processo não é exclusivo dos crimes ocorridos no passado e seria bom investigar se esses tipos de fenômenos psicossociais são os que dão força aos processos traumatogênicos semelhantes, como a violência baseada no gênero e a violência sexual.

Os efeitos percebidos nas vítimas e seus efeitos vitimizantes nas comunidades e na sociedade salvadorenha podem ser resumidos da seguinte maneira:

a) Efeitos traumatogênicos em nível individual:

- I. Presença de estresse pós-traumático crônico como configurador da vida emocional.
- II. Efeitos psicossociais da guerra psicológica, ativos de forma subjacente.



- III. Isolamento social que fomenta o conformismo e a aversão a qualquer tipo de organização, além de impossibilitar a estruturação de um projeto de vida relacionado com o desenvolvimento comunitário.
- IV. Alterações negativas da identidade social que resulta em deteriorização da personalidade.

b) Efeitos traumatogênicos em nível coletivo:

- I. Decorrentes de alteração da identidade social, propiciando a inativação e a falta de senso de comunidade e pertença. Isso estimula a desconfiança das instituições e a organização comunitária, favorecendo as ações de controle social dos agentes dominantes e do sistema, além de minimizar os custos das ações repressoras futuras.
- II. Modificação traumática de projetos de vida e das comunidades. Com isso se promove o fatalismo e a anomia social, que reforçam a pobreza dos indivíduos e a comunidade, reforçando o efeito vicário para o futuro. Nesse contexto, ouvimos expressões como: 'Ficaram assim depois da guerra'. Não é à toa que as comunidades em condição de pobreza extrema severa de hoje sejam as que historicamente foram mais afetadas pela repressão e pela guerra.
- III. Impossibilidade para garantir a estabilidade social por meio de vias democráticas autênticas. O Estado opta em manter a violência estrutural pela sua facilidade e eficácia para manter os mecanismos de controle social.
- IV. Impossibilidade de resolver os conflitos por meio de vias alternativas àquela da violência, resultando em um colapso social.

Finalmente, considera-se pertinente recomendar a este honroso Tribunal que todo ato reparador seja concebido de forma integral, fomentando para isso ações dirigidas em primeira instância para promover a reparação do prejuízo ocasionado às comunidades em seus direitos coletivos e no que concerne ao seu desenvolvimento local, municipal e regional. Esses eventos deverão estar dirigidos para restaurar os danos ao tecido social e as alterações às relações psicossociais, a desarmar a mentira institucionalizada, a superar a violência estrutural e acabar com a polarização social. Para isso, não se devem medir esforços.

Assim, os processos devem fluir, reivindicar e restaurar a dignidade das pessoas e a configuração de uma memória histórica que dê pautas de ações solidárias, a fim de contribuir na prevenção

de uma nova ação repressora. Solicita-se a ativação de estratégias alternativas à violência, para a resolução de conflitos por meios democráticos e de participação organizada.

Deve-se reforçar a promoção de políticas educacionais em toda a instituição formadora das forças militares e policiais, por exemplo, para que seus integrantes reflitam e reorientem suas missões e visões institucionais para o serviço comunitário e a prevenção da violência de forma efetiva e com enfoque em direitos.

São necessários, além disso, a difusão e o conhecimento da memória histórica em âmbito comunitário e dentro do sistema educacional, com a construção de monumentos memoriais e modificações do currículo escolar, para o estudo crítico do período histórico no qual se desatou a violência política até a chegada da guerra.

É necessário projetar e desenvolver programas nacionais de reconciliação e apoio à estruturação de identidades sociais fortalecidas por meio de projetos de intervenção terapêutica e psicossocial em nível individual, grupal e comunitário. Isso pode ajudar a combater e superar as manifestações das síndromes e problemas psicológicos causados pela guerra e pela repressão em nível individual e psicossocial.

Há que se fortalecer os marcos normativos garantidores para a prevenção da tendência legal punitiva excessiva, que implica a justificativa das violações sistemáticas dos direitos humanos das vítimas em nome do controle social e da ordem estabelecida.

Da mesma forma, exige-se a reorientação das prioridades orçamentárias, apostando a libertar o desenvolvimento comunitário e regional do lastro de um aparelho social desequilibrado que se sustenta mediante a violência estrutural; deve-se deixar de gastar em itens direcionados ao controle ao invés de desenvolvimento.

Concluindo, pode-se conseguir justiça para as vítimas históricas do conflito armado mediante o impulso de um projeto libertador da violência estrutural, da mentira institucionalizada e da polarização social. Deve-se trabalhar em favor da maioria popular, das vítimas primárias da repressão e do conflito armado. As ações criminosas que há mais de quase duas décadas continuam causando danos às vítimas e à sociedade em geral devem continuar sendo objeto de denúncias como se estivessem passando diante de nossos olhos neste momento.



FONTE: ARQUIVO NACIONAL





**CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS
CASO GOMES LUND E
OUTROS (“GUERRILHA DO
ARAGUAI) VS. BRASIL**

**SENTENÇA DE 24 DE
NOVEMBRO DE 2010**

***(EXCEÇÕES PRELIMINARES,
MÉRITO, REPARAÇÕES E CUSTAS)***

No caso *Gomes Lund e outros* (“Guerrilha do Araguaia”), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte Interamericana”, “Corte” ou “Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes:

Diego García-Sayán, Presidente;
Leonardo A. Franco, Vice-presidente;
Manuel E. Ventura Robles, Juiz;
Margarette May Macaulay, Juíza;
Rhadys Abreu Blondet, Juíza;
Alberto Pérez Pérez, Juiz;
Eduardo Vio Grossi, Juiz; e
Roberto de Figueiredo Caldas, Juiz *ad hoc*;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário; e
Emilia Segares Rodríguez, Secretária adjunta,

de acordo com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção Americana” ou “a Convenção”) e com os artigos 30, 38.6, 59 e 61 do Regulamento da Corte (doravante denominado “o Regulamento”)¹, profere a seguinte Sentença.

¹ Conforme o disposto no artigo 79.1 do Regulamento da Corte, que entrou em vigor em 1º de junho de 2010, “[o]s casos contenciosos que já houvessem sido submetidos à consideração da Corte antes de 1º de janeiro de 2010 continuarão a tramitar até que neles se profira sentença, conforme o Regulamento anterior”. Desse modo, o Regulamento da Corte, mencionado na presente Sentença, corresponde ao instrumento aprovado pelo Tribunal no XLIX Período Ordinário de Sessões, realizado de 16 a 25 de novembro de 2000, e reformado parcialmente no LXXXII Período Ordinário de Sessões, realizado de 19 a 31 de janeiro de 2009.

ÍNDICE

	Parágrafo
Prefácio	
Capítulo	
I. INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA	1
II. PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE	6
II. EXCEÇÕES PRELIMINARES	10
A. Incompetência temporal do Tribunal	12
B. Falta de interesse processual	20
C. Falta de esgotamento dos recursos internos	32
D. Regra da quarta instância e falta de esgotamento a respeito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	43
IV. COMPETÊNCIA	50
V. PROVA	51
A. Prova documental, testemunhal e pericial	52
B. Admissibilidade da prova documental	54
C. Admissibilidade das declarações das supostas vítimas e da prova testemunhal e pericial	67
VI. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS SOBRE OS FAMILIARES INDICADOS COMO SUPOSTAS VÍTIMAS	77
VII. DIREITO AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À VIDA, À INTEGRIDADE E À LIBERDADE PESSOAIS	81
A. Alegações das partes	82
B. Fatos relacionados aos desaparecimentos forçados	85
C. O desaparecimento forçado como violação múltipla e continuada de direitos humanos e os deveres de respeito e garantia	101
D. O desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha do Araguaia	112
VIII. DIREITO ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL	126
A. Alegações das partes	127
B. Fatos relacionados com a Lei de Anistia	134
C. Obrigação de investigar e, se for o caso, de punir graves violações de direitos humanos no Direito Internacional	137
D. Incompatibilidade das anistias relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional	147



IX.	DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO, ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL	183
A.	Alegações das partes	184
B.	Fatos relativos ao acesso à informação	187
C.	Direito à liberdade de pensamento e de expressão	196
D.	Ações judiciais e acesso à informação	203
E.	Prazo da Ação Ordinária	219
F.	Marco normativo	226
X.	DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL	232
A.	Alegações das partes	232
B.	Considerações da Corte	235
XI.	REPARAÇÕES	245
A.	Parte Lesionada	251
B.	Obrigações de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis, e de determinar o paradeiro das vítimas	253
C.	Outras medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição	264
D.	Indenizações, custas e gastos	298
XII.	PONTOS RESOLUTIVOS	325

I. INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

1. Em 26 de março de 2009, em conformidade com o disposto nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante “Comissão Interamericana” ou “Comissão”) submeteu à Corte uma demanda contra a República Federativa do Brasil (doravante “o Estado”, “Brasil” ou “a União”), que se originou na petição apresentada, em 7 de agosto de 1995, pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch/Americas*, em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia (doravante também denominada “Guerrilha”) e de seus familiares². Em 6 de março de 2001, a Comissão expediu o Relatório de Admissibilidade N.º. 33/01³ e, em 31 de outubro de 2008, aprovou o Relatório de Mérito N.º. 91/08, nos termos do artigo 50 da Convenção, o qual continha determinadas recomendações ao Estado⁴. Esse relatório foi notificado ao Brasil em 21 de novembro de 2008, sendo-lhe concedido um prazo de dois meses para que informasse sobre as ações executadas com o propósito de implementar as recomendações da Comissão. A despeito de duas prorrogações concedidas ao Estado, os prazos para que apresentasse informações sobre o cumprimento das recomendações transcorreram sem que a elas fosse dada uma “implementação satisfatória”. Diante disso, a Comissão decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte, considerando que representava “uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos”. A Comissão também enfatizou o valor histórico do caso e a possibilidade de o Tribunal afirmar a incompatibilidade da Lei de Anistia e das leis sobre sigilo de documentos com a Convenção Americana. A Comissão designou como delegados os senhores Felipe González, Comissário, e Santiago A. Canton, Secretário

2 Posteriormente, somaram-se ao caso como peticionários a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado, a senhora Angela Harkavy e o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro.

3 No Relatório de Admissibilidade N.º. 33/01, a Comissão declarou admissível o caso N.º. 11.552, com relação à suposta violação dos artigos 4, 8, 12, 13 e 25, em concordância com o artigo 1.1, todos da Convenção Americana, bem como dos artigos I, XXV e XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “Declaração Americana”) (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folha 2322).

4 No Relatório de Mérito N.º. 91/08, a Comissão concluiu que o Estado era responsável pelas violações dos direitos humanos estabelecidos nos artigos I, XXV e XXVI da Declaração Americana, bem como dos artigos 4, 5 e 7, em conexão com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das vítimas desaparecidas; nos artigos XVII da Declaração Americana e 3, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das vítimas desaparecidas; nos artigos I da Declaração Americana e 5, em conexão com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares dos desaparecidos; no artigo 13, em conexão com o artigo 2 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares dos desaparecidos; nos artigos XVIII da Declaração Americana e 8.1 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 da mesma Convenção, em detrimento das vítimas desaparecidas e de seus familiares, em virtude da aplicação da Lei de Anistia, nos artigos XVIII da Declaração Americana e 8.1 e 25, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das vítimas desaparecidas e de seus familiares, em virtude da ineficácia das ações judiciais não penais interpostas no marco do presente caso (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo VII, folha 3655).

- Executivo; como assessores jurídicos a senhora Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e os advogados Lilly Ching Soto e Mario López Garelli, especialistas da Secretaria Executiva.
2. Conforme salientou a Comissão, a demanda se refere à alegada “responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985)”. A Comissão também submeteu o caso à Corte porque, “em virtude da Lei Nº. 6.683/79 [...], o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva [...]; porque os recursos judiciais de natureza civil, com vistas a obter informações sobre os fatos, não foram efetivos para assegurar aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada”. A Comissão solicitou ao Tribunal que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de Direito interno) da mesma Convenção. Finalmente, solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação.
 3. Em 18 de julho de 2009, o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (doravante denominados “representantes”) apresentaram seu escrito de solicitações, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de solicitações e argumentos”), nos termos do artigo 24 do Regulamento. Nesse escrito, solicitaram ao Tribunal que declare, “[e]m relação ao desaparecimento forçado das [supostas] vítimas [...] e à total impunidade referente aos fatos”, a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela violação dos artigos

3, 4, 5, 7, 8 e 25 da Convenção, todos em conexão com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, bem como dos artigos 1, 2, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (doravante denominada “Convenção Interamericana contra a Tortura”); dos artigos 8 e 25, em conexão com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana; dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana contra a Tortura pela falta de investigação e da devida diligência nos procedimentos de âmbito interno; dos artigos 1.1, 2, 13, 8 e 25 da Convenção pelas restrições indevidas ao direito de acesso à informação; dos artigos 1.1, 8, 13 e 25 da Convenção pela violação do direito à verdade; e do artigo 5 da Convenção pela violação da integridade pessoal dos familiares das supostas vítimas desaparecidas. Solicitaram, por conseguinte, à Corte que ordene diversas medidas de reparação. Os familiares de 48 supostas vítimas, mediante poderes de representação outorgados em diversas datas, designaram como seus representantes legais as organizações já mencionadas, as quais são representadas, por sua vez, pelas senhoras Cecília Maria Bouças Coimbra, Elizabeth Silveira e Silva e Victoria Lavínia Grabois Olímpio (Grupo Tortura Nunca Mais); Criméia Alice Schmidt de Almeida (Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado); Viviana Krsticevic, Beatriz Affonso, Helena Rocha e pelo senhor Michael Camilleri (CEJIL).

4. Em 31 de outubro de 2009, o Estado apresentou um escrito no qual interpôs três exceções preliminares, contestou a demanda e formulou observações sobre o escrito de solicitações e argumentos (doravante denominado “contestação da demanda”). O Estado solicitou ao Tribunal que considere fundamentadas as exceções preliminares e, por conseguinte: a) reconheça a incompetência *ratione temporis* para examinar as supostas violações ocorridas antes do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte pelo Brasil; b) declare-se incompetente, em virtude da falta de esgotamento dos recursos internos; e c) archive de imediato o presente caso, ante a manifesta falta de interesse processual dos representantes. Subsidiariamente, quanto ao mérito, o Brasil solicitou ao Tribunal que reconheça “todas as ações empreendidas no âmbito interno” e “julgue improcedentes os pedidos [da Comissão e dos representantes], uma vez que está sendo construída no país uma solução, compatível com suas particularidades, para a consolidação definitiva da reconciliação nacional”. O Estado designou o senhor Hildebrando Tadeu Nascimento Valadares como agente e as senhoras Márcia Maria Adorno Cavalcanti Ramos, Camila Serrano Giunchetti, Cristina Timponi Cambiaghi e Bartira Meira Ramos Nagado, bem como os senhores Sérgio Ramos de Matos Brito e Bruno Correia Cardoso, como agentes assistentes.
5. Em conformidade com o artigo 38.4 do Regulamento, em 11 e 15 de janeiro de 2010, a Comissão e os representantes apresentaram, respectivamente, suas alegações às exceções preliminares opostas pelo Estado.

II. PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

6. A demanda da Comissão foi notificada ao Estado e aos representantes em 18 de maio de 2009⁵. Durante o processo perante este Tribunal, além da apresentação dos escritos principais (*supra* pars. 1 a 5), entre outros remetidos pelas partes, mediante resolução de 30 de março de 2010, o Presidente da Corte (doravante denominado “o Presidente”) ordenou o recebimento, por meio de declarações rendidas perante um agente dotado de fé pública (doravante denominadas “*affidávits*”), dos depoimentos e pareceres de: a) 26 supostas vítimas, uma delas oferecida pela Comissão, outra proposta conjuntamente pela Comissão e pelos representantes e as demais oferecidas unicamente pelos representantes; b) quatro testemunhas, duas propostas pelos representantes e duas pelo Estado; e c) cinco peritos, um proposto pela Comissão, dois pelos representantes e dois pelo Estado⁶, a respeito dos quais as partes tiveram a oportunidade de apresentar observações. O Presidente também convocou a Comissão, os representantes e o Estado para uma audiência pública para ouvir os depoimentos de: a) três supostas vítimas, uma oferecida pela Comissão e pelos representantes e duas propostas pelos representantes; b) quatro testemunhas, uma oferecida conjuntamente pela Comissão e pelos representantes, uma oferecida pelos representantes e outras duas pelo Estado; c) os pareceres de dois peritos, um proposto pela Comissão e outro pelo Estado, bem como: d) as alegações finais orais das partes sobre as exceções preliminares e os eventuais mérito, reparações e custas⁷.
7. A audiência pública foi realizada em 20 e 21 de maio de 2010, durante o LXXXVII Período Ordinário de Sessões da Corte, realizado na sede do Tribunal⁸.

5 Anteriormente a esse fato, em 13 de maio de 2009, informou-se ao Estado que ele podia designar um juiz *ad hoc* para o presente caso. A Comissão apresentou um escrito intitulado “Posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a figura do juiz *ad hoc*”. Em 12 de junho de 2009, o Brasil designou, como juiz *ad hoc*, o senhor Roberto de Figueiredo Caldas, que, em 24 de junho de 2009, aceitou o cargo.

6 Cf. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil. Convocatória de Audiência Pública*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 30 de março de 2010, Ponto Resolutivo Primeiro.

7 Cf. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”)*. *Convocatória de Audiência Pública*, *supra* nota 6, Ponto Resolutivo Quarto.

8 A esta audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: Felipe González, Comissário; Santiago A. Cantón, Secretário Executivo; Catalina Botero, Relatora Especial para a Liberdade de Expressão; e Lilly Ching Soto, Leonardo Hidaka e Alejandra Negrete, assessores legais; b) pelos representantes: Viviana Krsticevic, Beatriz Affonso e Helena Rocha, do CEJIL; e Victória Lavínia Grabois Olímpio, do Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro; e c) pelo Estado: Hildebrando Tadeu Nascimento Valadares, Embaixador do Brasil na Costa Rica; Gláucia Silveira Gauch, Carlos Eduardo da Cunha Oliveira, Camilla Serrano Giunchetti, Maurício Candeloro, Rodrigo Wanderley Lima e Francisco Samuel Barzotto, do Ministério das Relações Exteriores; Cristina Timponi Cambiaghi e Bartira Meira Ramos Nagado, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Sérgio Ramos de Matos Brito e Ana Claudia de Sousa Freitas, da Advocacia-Geral da União; Mauro Almeida Noleto, do Ministério da Justiça; Paulo Massi Dallari, da Casa Civil; Célia Cristina Whitaker, da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Município de São Paulo; Bruno Correia Cardoso, do Ministério da Defesa; Gerson Menandro, do Exército; Miguel Alejandro Gutiérrez Pizarro, da Embaixada do Brasil na Costa Rica e Manoel Lauro Volkmer de Castilho, magistrado. Antes da realização dessa audiência, em 6 de maio de 2010, o Brasil solicitou, *inter alia*, o adiamento da audiência pública do caso para o período de sessões seguinte do Tribunal e, ao mesmo tempo, a divisão da audiência em duas, de maneira que se realizasse uma audiência pública de exceções preliminares e outra, se fosse o caso, no período de sessões seguinte, sobre o mérito do caso. Subsidiariamente, no caso de que não se admitisse esse pedido, o Estado solicitou que a audiência pública, convocada para 20 e 21 de maio de 2010, fosse somente de exceções preliminares. Após considerar as observações da Comissão e dos representantes, a Corte não admitiu a solicitação do Estado (expediente de mérito, tomo VI, folhas 2709 e 2710).

8. Por outro lado, o Tribunal recebeu oito escritos, na qualidade de *amicus curiae*, das seguintes pessoas e instituições⁹: a) *Open Society Justice Initiative*, *Commonwealth Human Rights Initiative*, *Open Democracy Advice Centre* e *South African History Initiative*, com relação ao direito à verdade e ao acesso à informação¹⁰; b) Grupo de Pesquisa de Direitos Humanos na Amazônia, relacionado com a Lei de Anistia¹¹; c) Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio de Janeiro, sobre, *inter alia*, os efeitos de uma eventual sentença da Corte Interamericana e a decisão emitida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º. 153 (doravante também denominada “Arguição de Descumprimento”)¹²; d) Grupo de Ensino, Pesquisa e Extensão “Democracia e Justiça de Transição” da Universidade Federal de Uberlândia sobre, *inter alia*, a extensão da Lei de Anistia e a importância do presente caso para a garantia do direito à memória e à verdade¹³; e) José Carlos Moreira da Silva Filho, Rodrigo Lentz, Gabriela Mezzanotti, Fernanda Frizzo Bragato, Jânia Maria Lopes Saldanha, Luciana Araújo de Paula, Gustavo Oliveira Vieira, Ana Carolina Seffrin, Leonardo Subtil, Castor Bartolomé Ruiz, André Luiz Olivier da Silva, Sheila Stolz da Silveira, Cecília Pires, Sólton Eduardo Annes Viola, o Grupo de Pesquisa “Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição” (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul), o Núcleo de Pesquisa e Extensão da Universidade Federal do Rio Grande, o Movimento Nacional de Educação em Direitos Humanos e Acesso, Cidadania e Direitos Humanos, o Grupo de Pesquisa “Delmas-Marty: Internacionalização do Direito e Emergência de um Direito Mundial”, o Grupo de Pesquisa “Fundamentação Ética dos Direitos Humanos”, a Cátedra Unesco/Unisinos “Direitos Humanos e Violência, Governo e Governança”, o Curso de Graduação em Direito e o Núcleo de Direitos Humanos, todos vinculados à Universidade do Vale do Rio dos Sinos, sobre, *inter alia*, as eventuais consequências desse processo na justiça de transição no Brasil¹⁴; f) Justiça global, com respeito à incompatibilidade da Lei de Anistia brasileira com a Convenção

9 O Tribunal recebeu outros escritos que foram apresentados fora de prazo ou que não tinham utilidade ou não apresentavam relação com o objeto do presente caso, motivos pelos quais não são admitidos nem mencionados na presente Sentença.

10 O escrito original foi recebido na Secretaria da Corte em 7 de junho de 2010 e assinado por James A. Goldston e Darian K. Pavli, da *Open Society Justice Initiative*; Maja Daruwala, da *Commonwealth Human Rights Initiative*; Alison Tilley, da *Open Democracy Advice Centre*, e Catherine Kennedy, do *South African History Archive*. As cópias do referido escrito em inglês e espanhol foram recebidas em 3 e 4 de junho de 2010, respectivamente, ao passo que a versão em português foi recebida em 12 de julho de 2010.

11 O escrito e seus anexos foram recebidos na Secretaria da Corte em 4 de junho de 2010. O escrito está assinado por Sílvia Maria da Silveira Loureiro e Jamilly Izabela de Brito Silva.

12 O escrito original e seus anexos foram recebidos na Secretaria da Corte em 10 de junho de 2010. O escrito está assinado por Guilherme Peres de Oliveira, Ronaldo Cramer e Wadiah Damous. Uma cópia desse escrito foi recebida em 4 de junho de 2010.

13 O escrito original e seu anexo foram recebidos na Secretaria da Corte em 4 de junho de 2010 e estão assinados pelos pesquisadores Adriano Soares Loes, Ailime Silva Ferreira, Alexandre Garrido da Silva, Anna Paula Santos de Souza, Bruna Arantes Vieira, Bárbara de Almeida Andrade Braga, Caroline Milagre Pereira, Carolina Nogueira Teixeira de Menezes, Ana Clara Neves da Silveira, Érika Cristina Camilo Camin, Felipe Martins Vitorino, Flávia Ferreira Jacó de Menezes, Géssika Sampaio da Fonseca, Jéssica da Silva Rehder, José Carlos Cunha Muniz Filho, Júlia Palmeira Macedo, Lara Caroline Miranda, Marcela Marques Maciel, Marco Túlio de Castro Caliman, Marcos Augusto Freitas Ribeiro, Mariana Rezende Guimarães, Maristela Medina Faria, Marília Freitas Lima, Mayara Bastos Mundin, Michelle Gonçalves, Monique Saito, Pablo Cardoso de Andrade, Paula Almeida Faria, Públio Dezopa Parreira, Pedro do Prado Möller, Rafael Momenté Castro, Raphael Siqueira Neves, Régis Cardoso Andrade, Renata Cardoso Fernandes, Roberta Camineiro Baggio, Samara Mariana de Castro, Sara Mirando Magno Freixo, Túlio César Rossetti e Vagner Bruno Caparelli Carqui.

14 O escrito foi recebido na Secretaria da Corte em 7 de junho de 2010 e está assinado por José Carlos Moreira da Silva Filho, Fernanda Frizzo Bragato e Rodrigo Lentz. Uma cópia do referido escrito foi recebida em 4 de junho de 2010.

Americana¹⁵; g) Equipe do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, sobre o direito de acesso à informação em poder do Estado¹⁶, e h) Associação Juizes para a Democracia, sobre o direito à memória e à verdade, com relação à Lei de Anistia¹⁷.

9. Em 21 de junho de 2010, a Comissão e o Estado enviaram suas alegações finais escritas, ao passo que os representantes o fizeram horas depois de vencido o prazo, sem receber objeções, sendo, portanto, admitidas pelo Tribunal. Esses escritos foram transmitidos às partes para que realizassem as observações que julgassem pertinentes sobre determinados documentos a eles anexados. As partes se manifestaram sobre esses documentos e os representantes, além disso, remeteram documentos adicionais

III. EXCEÇÕES PRELIMINARES

10. Em sua contestação à demanda, o Estado interpôs três exceções preliminares: a) incompetência do Tribunal em virtude do tempo para examinar determinados fatos; b) a falta de esgotamento dos recursos internos; e c) a falta de interesse processual da Comissão e dos representantes. Posteriormente, durante a audiência pública, o Estado acrescentou como exceção preliminar a “regra da quarta instância” com relação a um fato que qualificou como superveniente (*infra* pars. 44 e 47).
11. Embora a Convenção Americana e o Regulamento não desenvolvam o conceito de “exceção preliminar”, a Corte afirmou reiteradamente, em sua jurisprudência, que por esse meio se questiona a admissibilidade de uma demanda ou a competência do Tribunal para conhecer determinado caso ou algum de seus aspectos, em razão da pessoa, da matéria, do tempo ou do lugar¹⁸. A Corte salientou que uma exceção preliminar tem por finalidade obter uma decisão que previna ou impeça a análise do mérito do aspecto questionado ou do caso em seu conjunto. Por esse motivo, o questionamento deve atender às

15 O escrito e seu anexo foram recebidos na Secretaria da Corte em 5 de junho de 2010. O escrito está assinado por Andressa Caldas, Sandra Carvalho, Luciana Garcia, Renata Lira, Tamara Melo e Fernando Delgado. Uma cópia do referido escrito foi recebida em 7 de junho de 2010.

16 O escrito e seus anexos foram recebidos na Secretaria da Corte em 7 de junho de 2010. O escrito está assinado por Marcia Nina Bernardes, Natália Frickmann, Teresa Labrunie, Paula D'Angelo, Natália Damazio e Maria Fernanda Marques. Uma cópia do referido escrito foi recebida em 4 de junho de 2010.

17 O escrito e seus anexos foram recebidos na Secretaria da Corte em 7 de junho de 2010. O escrito está assinado por Luís Fernando Camargo de Barros Vidal e Kenarik Boujikian Felipe.

18 Cf. *Caso Las Palmeras versus Colômbia. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de fevereiro de 2000. Série C N°. 67, par. 34; *Caso Garibaldi versus Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C N°. 203, par. 17, e *Caso Manuel Cepeda Vargas versus Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C N°. 213, par. 35. No mesmo sentido, cf. artigo 79 do Regulamento da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjrules.php>>; último acesso em 20 de novembro de 2010.

características jurídicas essenciais, em conteúdo e finalidade, que lhe confirmam o caráter de “exceção preliminar”. Os questionamentos que não se revistam dessa natureza, como, por exemplo, os que se referem ao mérito de um caso, podem ser formulados mediante outros atos processuais admitidos na Convenção Americana ou no Regulamento, mas não sob a figura de uma exceção preliminar¹⁹.

A. INCOMPETÊNCIA TEMPORAL DO TRIBUNAL

1. Alegações das partes

12. O Estado alegou a incompetência da Corte Interamericana para examinar supostas violações que teriam ocorrido antes do reconhecimento da competência contenciosa do Tribunal. Esse reconhecimento foi realizado “sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”. Não obstante, o Brasil reconheceu a jurisprudência da Corte, no sentido de que pode conhecer das violações continuadas ou permanentes, mesmo quando iniciem antes do reconhecimento da competência contenciosa do Tribunal, desde que se estendam além desse reconhecimento, mas enfatizou que é inequívoca a falta de competência da Corte para conhecer das detenções arbitrárias, atos de tortura e execuções extrajudiciais ocorridas antes de 10 de dezembro de 1998.
13. A Comissão afirmou que, em virtude das datas de ratificação da Convenção Americana e do reconhecimento da competência contenciosa do Tribunal por parte do Estado, a demanda se refere unicamente às violações dos direitos previstos na Convenção Americana que persistem depois desse reconhecimento de competência, em razão da natureza continuada do desaparecimento forçado ou que são posteriores a esse reconhecimento. Desse modo, afirmou que a Corte tem competência para conhecer das violações apresentadas na demanda.
14. Os representantes alegaram que as violações denunciadas no presente caso se referem aos desaparecimentos forçados das supostas vítimas; à impunidade que decorre da falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por esses atos; bem como à ineficácia das medidas adotadas para respeitar, proteger e garantir o direito à verdade e à informação. Destacaram que a possível data do início dos desaparecimentos não restringe nem limita a competência *ratione temporis* do Tribunal, uma vez que se trata de uma violação de caráter permanente e continuado. Além disso, as alegadas violações

¹⁹ Cf. *Caso Castañeda Gutman versus México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C N°. 184, par. 39; *Caso Garibaldi*, *supra* nota 18, par. 17, e *Caso Manuel Cepeda Vargas*, *supra* nota 18, par. 35.

relacionadas com os direitos à informação, à verdade e à justiça persistem posteriormente à ratificação da Convenção Americana e ao reconhecimento da jurisdição da Corte por parte do Estado. Por esse motivo, os representantes solicitaram ao Tribunal que indefira essa exceção preliminar. Salientaram, no entanto, que uma das pessoas desaparecidas foi identificada em 1996 e que, por conseguinte, a Corte carece de competência para pronunciar-se a respeito de seu desaparecimento forçado.

2. Considerações da Corte

15. A fim de determinar se tem ou não competência para conhecer de um caso ou de um de seus aspectos, de acordo com o artigo 62.1 da Convenção Americana²⁰, a Corte deve levar em consideração a data de reconhecimento da competência por parte do Estado, os termos em que se deu esse reconhecimento e o princípio de irretroatividade, disposto no artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969²¹.
16. O Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998 e, em sua declaração, indicou que o Tribunal teria competência para os “fatos posteriores” a esse reconhecimento²². Com base no anteriormente exposto e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado, que pudesse implicar sua responsabilidade internacional, sejam anteriores a esse reconhecimento da competência²³. Por esse motivo, fica excluída da competência do Tribunal a alegada execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996, ou seja, dois anos antes de o Brasil reconhecer a competência contenciosa da Corte, bem como qualquer outro fato anterior a esse reconhecimento.

20 O artigo 62.1 da Convenção estabelece:

Todo Estado-Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

21 Essa norma estabelece que: “[a]s disposições [de um tratado] não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior ou a uma situação que deixou de existir antes da entrada em vigor do tratado, em relação a essa parte”.

22 O reconhecimento de competência feito pelo Brasil em 10 de dezembro de 1998 salienta que “[o] Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana [sobre] Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62 dessa mesma Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração”. Cf. Informação geral sobre o Tratado: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Brasil, reconhecimento de competência. Disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>; último acesso em 18 de novembro de 2010.

23 Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz versus El Salvador. Exceções Preliminares*. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C N.º. 118, par. 66; *Caso Heliodoro Portugal versus Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C N.º. 186, par. 24, e *Caso Garibaldi supra* nota 18, par. 20.

17. Ao contrário, em sua jurisprudência constante, este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional²⁴. Em concordância com o exposto, a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁵, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil.
18. Além disso, o Tribunal pode examinar e se pronunciar sobre as demais violações alegadas, que se fundamentam em fatos que ocorreram ou persistiram a partir de 10 de dezembro de 1998. Ante o exposto, a Corte tem competência para analisar os supostos fatos e omissões do Estado, ocorridos depois da referida data, relacionados à falta de investigação, julgamento e sanção das pessoas responsáveis, *inter alia*, pelos alegados desaparecimentos forçados e execução extrajudicial; à alegada falta de efetividade dos recursos judiciais de caráter civil a fim de obter informação sobre os fatos; às supostas restrições ao direito de acesso à informação; e ao alegado sofrimento dos familiares.
19. Com base nas considerações precedentes, o Tribunal considera parcialmente fundada a exceção preliminar.

B. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL

1. Alegações das partes

20. O Brasil alegou que a Comissão reconheceu e valorizou as medidas de reparação adotadas pelo Estado com relação ao presente caso, mas que esse órgão afirmou, de modo genérico, que outras medidas deviam ser implementadas. A critério do Estado, em virtude do “exíguo lapso de tempo transcorrido entre a apresentação do Relatório Parcial

²⁴ Cf. *Caso Blake versus Guatemala. Exceções Preliminares*. Sentença de 2 de julho de 1996. Série C N.º. 27, pars. 39 e 40; *Caso Radilla Pacheco versus México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C N.º. 209, par. 23, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolívia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2010. Série C N.º. 217, par. 21. No mesmo sentido, artigo 14.2 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Fatos Internacionalmente Ilícitos. Cf. *Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas N.º. 56/83*, de 12 de dezembro de 2001, Anexo, U.N. Doc. A/56/49 (Vol. I)/Corr. 4.

²⁵ *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C N.º. 4, par. 155; *Caso Chitay Nech e outros versus Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C N.º. 212, pars. 81 e 87, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 24*, pars. 59 e 60.

- de Cumprimento de Recomendações [com respeito ao Relatório de Mérito Nº. 91/08] e o envio do caso à Corte (três dias), a avaliação pela [Comissão] do cumprimento das medidas de reparação e de não repetição por ela recomendadas [...] restou prejudicada". Por outro lado, dada a informação contida no referido relatório estatal, o Brasil considerou que o envio do caso à Corte foi inoportuno e "ressalt[ou] a ausência de interesse processual a ensejar o exame de mérito do [presente] caso".
21. Em particular, o Estado destacou as medidas de reparação que adotou no presente caso, manifestando, *inter alia*, que: a) promulgou a Lei Nº. 9.140/95, mediante a qual "promoveu o reconhecimento oficial de sua responsabilidade pelas mortes e pelos desaparecimentos ocorridos durante o período do regime militar" e pagou indenizações aos familiares de 59 supostas vítimas; b) publicou, em agosto de 2007, o livro "Direito à Memória e à Verdade – Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos", no qual estabeleceu a versão oficial sobre as violações de direitos humanos cometidas por agentes estatais, "reforçando o reconhecimento público da responsabilidade do Estado"; c) realizou "diversos atos de natureza simbólica e educativa, que promoveram o resgate da memória e da verdade dos fatos ocorridos durante o [...] regime militar"; d) enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Nº. 5.228/09 sobre o acesso à informação pública; e) impulsionou o projeto "Memórias Reveladas", relacionado com diversas iniciativas sobre o arquivamento e a divulgação de documentos relativos ao regime militar; e f) promoveu uma campanha para a entrega de documentos que possam ajudar na localização dos desaparecidos. Adicionalmente, foram realizadas diversas iniciativas sobre a busca dos restos mortais e identificação dos desaparecidos da Guerrilha, entre outras, expedições à região do Araguaia. Com base no anteriormente exposto, o Estado concluiu que a falta de interesse processual "dos petionários" é consequência do fato de que "as medidas já adotadas [pelo Estado], somadas às que estão em implementação, atend[em] a integralidade de [seus] pedidos".
22. A Comissão salientou que a alegação do Estado não tem a natureza de uma exceção preliminar e solicitou à Corte que a recusasse. O Brasil dispôs inicialmente de um prazo de dois meses para apresentar relatório sobre o cumprimento das recomendações do Relatório de Mérito Nº. 91/08. Esse prazo foi prorrogado em duas ocasiões e, finalmente, esgotou-se em 22 de março de 2009. No entanto, em 24 de março de 2009, o Estado apresentou um relatório parcial e solicitou uma nova prorrogação de seis meses para apresentar informação adicional. Ao analisar as informações apresentadas pelo Brasil, a Comissão concluiu que não refletiam "a adoção de medidas concretas e suficientes, nem um compromisso expresso em relação ao cumprimento das recomendações". Por conseguinte, "considerou esgotado o procedimento previsto nos artigos 48 a 50 da Convenção e decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte". Por outro lado, expressou que não há disposição que regule o

exame das respostas estatais às recomendações formuladas no Relatório de Mérito e que tampouco há previsão de um prazo mínimo para examinar as informações apresentadas pelo Estado em relação ao cumprimento de suas recomendações.

23. A Comissão declarou, ademais, que apesar dos esforços do Estado para implementar medidas de reparação no âmbito interno, as recomendações contidas no Relatório de Mérito Nº. 91/08 e nas solicitações da demanda ainda não foram cumpridas totalmente, entre outras: a) assegurar que a Lei de Anistia Nº. 6.683/79 “não continue a ser um obstáculo para a persecução penal das graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade”; b) “determinar, por meio da jurisdição de Direito comum, a responsabilidade penal pelos desaparecimentos forçados das [supostas] vítimas”; e c) sistematizar e publicar todos os documentos referentes às operações militares contra a Guerrilha do Araguaia. Por conseguinte, a Comissão solicitou à Corte que indefira essa exceção preliminar.
24. Os representantes afirmaram a autonomia da Comissão para avaliar o cumprimento das recomendações de seus relatórios e para decidir sobre o envio do caso à Corte. As razões para esse envio não podem ser objeto de uma exceção preliminar e o Brasil não alegou um erro da Comissão que pudesse prejudicar seu direito de defesa. Por outro lado, o Estado pretende aplicar ao presente caso uma das condições da ação do Direito interno, que define o interesse processual como “a necessidade demonstrada pela parte no sentido de obter a prestação jurisdicional para garantir a efetividade de seu direito [e] para evitar a perpetuação do dano sofrido”. O Estado pretende que não se analise o mérito do caso, sob o argumento de que o eventual resultado da sentença da Corte já estaria sendo alcançado por meio das ações implementadas no âmbito interno. Os representantes declararam que as alegações estatais não dizem respeito à competência da Corte ou à admissibilidade do caso, mas às medidas de reparação solicitadas pela Comissão e pelos representantes. Portanto, os argumentos do Brasil se referem a um “questionamento estreitamente vinculado ao exame da eficácia dessas medidas” e, por conseguinte, não constituem uma exceção preliminar.
25. Outrossim, os representantes manifestaram que as medidas adotadas pelo Brasil são insuficientes ou, inclusive, uma delas contrária aos interesses dos familiares. De acordo com os representantes, “subsistem controvérsias importantes entre os fatos denunciados [...] e aqueles reconhecidos pelo Estado, [os quais] se estendem aos direitos [debatidos] e à eficácia das medidas adotadas pelo Estado com a finalidade de fazer justiça, [propiciar o acesso à] verdade, prevenir violações futuras e indenizar os familiares das [supostas] vítimas desaparecidas no presente caso”.

2. Considerações da Corte

26. A Corte observa que, sob o mesmo conceito de falta de interesse processual, o Estado referiu-se, na realidade, a duas questões diferentes: a) uma relacionada com a atuação da Comissão Interamericana a respeito do relatório estatal de resposta ao Relatório de Mérito N.º. 91/08 e b) outra relacionada com as medidas de reparação adotadas pelo Brasil, as quais, alegadamente, atendem às pretensões da Comissão e dos representantes.
27. A respeito da decisão da Comissão Interamericana de submeter um caso à jurisdição do Tribunal, este sustentou, reiteradamente, que a avaliação que faz a Comissão sobre a conveniência ou não do envio de um caso à Corte é uma atribuição que lhe é própria e autônoma e, por conseguinte, os motivos que determinaram esse envio não podem ser objeto de uma exceção preliminar. No entanto, o que, sim, pode ser objeto de uma exceção preliminar é a omissão ou violação de todas ou de alguma das etapas processuais indicadas nos artigos 50 e 51 da Convenção, de maneira que se provoque um desequilíbrio processual²⁶ ou um erro grave que afete o direito de defesa de alguma das partes no caso perante a Corte²⁷. A parte que afirma a existência de um erro grave deve demonstrá-lo²⁸, motivo pelo qual não é suficiente uma queixa ou discrepância de critérios com relação à atuação da Comissão²⁹.
28. O Tribunal considera importante mencionar que, embora o artigo 44 do Regulamento da Comissão se refere à apresentação de um caso à Corte, não há disposição alguma, na Convenção ou nos Regulamentos da Corte ou da Comissão, que regulamente de maneira expressa a análise ou avaliação que deva realizar esta última sobre a resposta do Estado a suas recomendações. Tampouco se estabelece um tempo mínimo, a partir do momento em que o Estado responde às recomendações formuladas no relatório do artigo 50 da Convenção, para que a Comissão decida levar o caso ao conhecimento da Corte³⁰.
29. O Tribunal observa que a Comissão Interamericana submeteu o presente caso ao conhecimento da Corte dois dias depois de ter o Brasil apresentado seu relatório parcial

26 Cf. *Caso dos 19 Comerciantes versus Colômbia. Exceção Preliminar*. Sentença de 12 de junho de 2002. Série C N.º. 93, par. 31.

27 Cf. *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) versus Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C N.º. 158, par. 66; *Caso Escher e outros versus Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C N.º. 200, par. 22, e *Caso Manuel Cepeda Vargas*, supra nota 18, par. 31.

28 Cf. *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros)*, supra nota 27, par. 66; *Caso Escher e outros*, supra nota 27, par. 23, e *Caso Manuel Cepeda Vargas*, supra nota 18, par. 31.

29 Cf. *Caso do Povo Saramaka versus Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C N.º. 172, par. 32; *Caso Escher e outros*, supra nota 27, par. 23, e *Caso Manuel Cepeda Vargas*, supra nota 18, par. 31.

30 Cf. *Caso dos 19 Comerciantes. Exceção Preliminar*, supra nota 26, par. 32.

a respeito das recomendações adotadas por aquele órgão, em seu Relatório de Mérito N°. 91/08, após duas prorrogações concedidas ao Estado, a última delas esgotada em 22 de março de 2009. A Corte também observa que o Estado remeteu seu relatório parcial à Comissão com dois dias de atraso, em 24 de março de 2009³¹. Isto é, embora esgotado o prazo por ela concedido, a Comissão esperou que o Estado informasse se havia ou não adotado medidas específicas com o objetivo de cumprir as recomendações antes de decidir se era conveniente levar o caso ao conhecimento da Corte.

30. A segurança jurídica exige que os Estados saibam a que se ater no procedimento perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos³². Por conseguinte, se a Comissão concede um prazo ao Estado para que cumpra as recomendações do relatório, deve esperar que este lhe remeta a resposta no prazo fixado e avaliá-la com o objeto de decidir se submeter o caso ao conhecimento da Corte é a alternativa mais favorável à tutela dos direitos contemplados na Convenção³³ ou se, ao contrário, as medidas adotadas pelo Estado para cumprir as recomendações da Comissão constituem uma contribuição positiva para o andamento do processo e para o cumprimento das obrigações estabelecidas na Convenção Americana³⁴. No presente caso, não se evidencia um erro ou a inobservância das normas convencionais ou regulamentares que regem o envio do caso pela Comissão a esta Corte, mas uma mera discrepância de critérios relativamente a essa ação. Com base no exposto, o Tribunal considera que a alegação do Estado não constitui uma exceção preliminar.
31. Por outro lado, quanto à alegada falta de interesse processual da Comissão e dos representantes, em virtude das diversas iniciativas adotadas pelo Brasil no âmbito interno, seguindo sua jurisprudência³⁵, este Tribunal recorda que a responsabilidade internacional do Estado se origina imediatamente após ter sido cometido um ato ilícito segundo o Direito Internacional, e que a disposição de reparar esse ato no plano interno não impede a Comissão ou Corte de conhecer um caso. Isto é, em conformidade com o preâmbulo da Convenção Americana, a proteção internacional de natureza convencional é

31 Cf. Contestação da Demanda (expediente de mérito, tomo II, folha 552).

32 Cf. *Caso Cayara. Exceções Preliminares*. Sentença de 3 de fevereiro de 1993. Série C N°. 14, par. 38, e *Caso dos 19 Comerciantes, Exceção Preliminar*, supra nota 26, par. 35.

33 Cf. *Certas Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (artigos 41, 42, 44, 46, 47, 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-13/93, de 16 de julho de 1993. Série A N°. 13, par. 54; *Caso do Povo Saramaka*, supra nota 29, par. 39, e *Caso Bayarri versus Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C N°. 187, par. 20.

34 Cf. *Caso dos 19 Comerciantes. Exceção Preliminar*, supra nota 26, par. 35.

35 Cf. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri versus Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C N°. 110, par. 75; *Caso Bayarri*, supra nota 33, par. 19, e *Caso Da Costa Cadogan versus Barbados. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de setembro de 2009. Série C N°. 204, par. 30.

“coadjuvante ou complementar da que oferece o Direito interno dos Estados americanos”. Conseqüentemente, quando se alega que o Estado não cumpriu totalmente a obrigação de reparar alguma violação dos direitos reconhecidos na Convenção Americana, cabe a este Tribunal exercer sua competência sobre o suposto ato ilícito, desde que se cumpram determinados requisitos processuais convencionais, bem como, eventualmente, declarar as violações que sejam pertinentes e ordenar as reparações cabíveis, em conformidade com o artigo 63.1 da Convenção. O Tribunal considera, portanto, que as ações que o Estado afirma que adotou para reparar as supostas violações cometidas no presente caso, ou evitar sua repetição, podem ser relevantes para a análise da Corte sobre o mérito do caso e, eventualmente, para as possíveis reparações que se ordenem, mas não têm efeito sobre o exercício da competência da Corte para dele conhecer. Com base no exposto acima, o Tribunal desestima a exceção preliminar do Estado.

C. FALTA DE ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS

1. Alegações das partes

32. O Estado afirmou que a Comissão “deixou de avaliar adequadamente [as] questões [referentes ao esgotamento dos recursos internos], enquanto o caso esteve sob [seu conhecimento] e, depois, quando tomou a decisão de encaminhá-lo [à] Corte”. Recordou que a regra de esgotamento dos recursos internos impede que uma demanda internacional seja interposta antes que a suposta vítima tenha esgotado todos os recursos internos previstos, e colocados à sua disposição, no ordenamento jurídico interno do Estado supostamente responsável. A proteção exercida pelos órgãos internacionais tem caráter subsidiário e o propósito de uma instância internacional não é revisar ou reformar a sentença interna, mas constatar se a referida sentença está em conformidade com as normas internacionais. Tendo em vista as obrigações do Estado de oferecer proteção e recursos judiciais eficazes, estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção, cabe às vítimas utilizar todos os recursos internos disponíveis antes de recorrer ao Sistema Interamericano. Por esse motivo, a Corte não pode ignorar essa norma, uma vez que, do contrário, “retiraria a confiança no funcionamento correto do [S]istema, [...] colocando em risco sua credibilidade e existência”.
33. O Estado salientou, ademais, que os representantes não haviam esgotado os seguintes recursos internos: a) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 153, mediante a qual se solicitou que a anistia concedida pela Lei de Anistia Nº. 6.683/79 não se estenda aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra

os opositores políticos; b) a Ação Ordinária Nº. 82.00.024682-5, mediante a qual se solicitou a determinação do paradeiro dos desaparecidos, a localização dos restos mortais, o esclarecimento das circunstâncias da morte e a entrega do relatório oficial sobre as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia; c) a Ação Civil Pública Nº. 2001.39.01.000810-5, interposta pelo Ministério Público Federal para obter do Estado todos os documentos existentes sobre ações militares das Forças Armadas contra a Guerrilha; d) a ação privada subsidiária para a persecução penal dos crimes de ação pública; e e) as iniciativas referentes à solicitação de indenizações, como a Ação Ordinária Civil de Indenização e a solicitação de reparação pecuniária, no âmbito da Lei Nº. 9.140/95, da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, e da Comissão de Anistia, de acordo com a Lei Nº. 10.559/02, entre outras medidas de reparação.

34. Particularmente, quanto à Ação Ordinária Nº. 82.00.024682-5, o Brasil informou que, em 8 de fevereiro de 2008, foi emitida uma decisão definitiva a esse respeito, cujo cumprimento já foi iniciado. Em 10 de julho de 2009, data em que se esgotou o prazo estabelecido para que o Estado cumprisse a decisão, a Advocacia-Geral da União entregou “toda a documentação disponível no âmbito da União acerca das operações militares, especialmente no que se refere aos enfrentamentos armados, captura e detenção de civis, reconhecimento de corpos, identificação das vítimas, averiguações de peritos, destino dos restos mortais encontrados e informações de transferência de civis, vivos ou mortos, para quaisquer áreas, ocorridas no período”. Esse juízo, ademais, convocou testemunhas para prestar depoimentos e entregar documentos que tivessem em seu poder relacionados à Guerrilha do Araguaia. Por outro lado, o Estado manifestou que a Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público Federal em 25 de agosto de 2001³⁶ foi julgada procedente em 19 de dezembro de 2005. No entanto, em virtude dos recursos interpostos pela União contra essa sentença, ela não tem ainda caráter definitivo.
35. A Comissão alegou que a questão do não esgotamento dos recursos internos foi devidamente analisada no Relatório de Admissibilidade Nº. 33/01, de 6 de março de 2001. Afirmou que três dos quatro eixos de argumentação do Estado, os relacionados com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 153, a Ação Civil Pública e as considerações específicas sobre medidas de reparação adotadas, são posteriores à data em que expediu o citado Relatório. Adicionalmente, com respeito à Ação Ordinária, a Comissão manifestou expressamente no Relatório de Admissibilidade que essa ação levava anos sem uma decisão definitiva e que essa demora não podia ser considerada razoável. Por essa razão, a Comissão aplicou a exceção prevista no artigo 46.2.c da

³⁶ O artigo 129, inciso III, da Constituição Federal estabelece que a “Ação Civil Pública” é uma forma de ação coletiva para a defesa de interesses difusos e coletivos.

- Convenção e declarou a petição admissível. Ademais, salientou que o Estado não alegou em sua contestação à demanda que a decisão de admissibilidade adotada estivesse baseada em informação errônea ou que fosse fruto de um processo em que as partes tivessem restringida a igualdade de armas ou seu direito de defesa. Aduziu, também, que, em princípio, o conteúdo das decisões de admissibilidade adotadas de acordo com a Convenção e o Regulamento da Comissão não deveria ser objeto de um novo exame substancial. Ante o exposto, a Comissão solicitou à Corte que desestime por ser infundada essa exceção preliminar.
36. Os representantes indicaram que a Comissão já realizou um exame de admissibilidade no caso, razão pela qual a Corte deve remeter-se a esse exame. Com base nos princípios de segurança jurídica e da certeza processual, uma vez determinada a admissibilidade do caso, aplica-se o princípio da preclusão, exceto em situações extraordinárias em que haja um erro grave que viole o direito de defesa das partes. No presente caso, o Estado não identificou nenhum erro grave no procedimento perante a Comissão, nem demonstrou prejuízo algum a seu direito de defesa. Durante os seis anos de transcurso da etapa de admissibilidade do caso, o Estado teve amplas oportunidades de contestar todas as alegações dos representantes e as inquietudes da Comissão, motivo pelo qual não há fundamento para reexaminar a decisão da Comissão no Relatório de Admissibilidade. Além disso, o Estado deve apresentar a exceção sobre a falta de esgotamento dos recursos internos antes do pronunciamento da Comissão sobre a admissibilidade do caso. Antes da emissão do Relatório de Admissibilidade Nº. 33/01, o Estado somente argumentou a falta de esgotamento de dois recursos internos: a) a Ação Ordinária a respeito da qual, segundo o Brasil, não se deveria aplicar a exceção de demora injustificada; e b) a ação de *habeas data*, que não teria sido interposta. No entanto, na tramitação perante a Corte, o Estado reiterou os argumentos relativos à Ação Ordinária mencionada e acrescentou outras ações judiciais, tais quais a Arguição de Descumprimento Nº. 153, a Ação Civil Pública e outras medidas que foram ou poderiam ter sido adotadas a fim de atender às medidas de reparação solicitadas. Para os representantes, o Estado não alegou a falta de esgotamento dos recursos mencionados no momento processual oportuno, motivo pelo qual essa exceção preliminar deve ser considerada extemporânea e não deve ser admitida pelo Tribunal.
37. De forma subsidiária, os representantes salientaram a ineficácia dos recursos internos aludidos pelo Estado. Quanto à Ação Ordinária, alegaram que, passados 27 anos de seu início e em que pese a decisão final, “ela não produziu os efeitos esperados, não constituindo, portanto, [um] recurso eficaz para o esclarecimento dos fatos denunciados”. Indicaram que o recurso adequado para remediar as violações alegadas era o recurso

penal. No entanto, e apesar de tratar-se de um caso de desaparecimentos forçados, em virtude da Lei de Anistia, o Estado não iniciou uma investigação destinada a esclarecer os fatos, identificar os responsáveis e garantir a justiça, o que não foi negado pelo Estado. A interpretação vigente sobre a Lei de Anistia teve um efeito direto na omissão do Ministério Público em relação aos fatos do presente caso e inibiu os familiares de apresentar queixa a fim de iniciar o procedimento destinado a instaurar a ação penal correspondente. Finalmente, os representantes salientaram que, ao contrário do que determina a jurisprudência do Tribunal, o Brasil indicou outros recursos, mas não demonstrou disponibilidade ou eficácia para remediar as violações alegadas no presente caso, como, por exemplo, a Arguição de Descumprimento ou a Ação Civil Pública, que foram iniciadas posteriormente à emissão do Relatório de Admissibilidade.

2. Considerações da Corte

38. Este Tribunal vem sustentando de maneira consistente que uma objeção ao exercício de jurisdição da Corte, baseada na suposta falta de esgotamento dos recursos internos, deve ser apresentada no momento processual oportuno³⁷, ou seja, na etapa de admissibilidade do procedimento perante a Comissão³⁸. A esse respeito, o Tribunal reitera que a interpretação que conferiu ao artigo 46.1.a da Convenção, por mais de 20 anos, está em conformidade com o Direito Internacional³⁹ e que, conforme sua jurisprudência⁴⁰ e a jurisprudência internacional⁴¹, não é tarefa da Corte nem da Comissão identificar *ex officio* quais são os recursos internos a serem esgotados, mas que cabe ao Estado a indicação oportuna dos recursos internos que devem ser esgotados e de sua efetividade.
39. O Tribunal observa do expediente do caso perante a Comissão Interamericana que esta solicitou ao Estado que indicasse, de acordo com o artigo 34 de seu Regulamento então vigente, os elementos de juízo que lhe permitissem verificar se haviam sido esgotados os recursos da jurisdição interna. Em resposta a esse pedido, o Brasil informou que: a) não

37 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C N.º.1, par. 88; *Caso Da Costa Cadogan*, *supra* nota 35, par. 18, e *Caso Usón Ramírez versus Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C N.º. 207, par. 19.

38 Cf. *Caso Herrera Ulloa versus Costa Rica. Exceções Preliminares, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C N.º. 107, par. 81; *Caso Apitz Barbera e outros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") versus Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C N.º. 182, par. 24, e *Caso Bayarri*, *supra* nota 33, par. 16.

39 Cf. *Caso Reverón Trujillo versus Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C N.º. 197, par. 22, e *Caso Usón Ramírez*, *supra* nota 37, par. 22.

40 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Exceções Preliminares*, *supra* nota 37, par. 88; *Caso Reverón Trujillo*, *supra* nota 39, par. 23, e *Caso Usón Ramírez*, *supra* nota 37, par. 22.

41 Cf. E.C.H.R., *Deweert v. Belgium*, Application N.º. 6903/75, Judgment of 27 February 1980, para. 26; E.C.H.R., *Foti and others v. Italy, Applications N.ºs. 7604/76; 7719/76; 7781/77, and 7913/77*, Judgment of 10 de december 1982, para. 48, e E.C.H.R., *De Jong, Baljet and van den Brink v. the Netherlands*, Applications N.ºs. 8805/79; 8806/79, and 9242/81, Judgment of 22 May 1984, para. 36.

- se havia esgotado a Ação Ordinária, que se encontrava em etapa de conhecimento do processo; e b) existia a possibilidade para os familiares de interpor um *habeas data* para obter documentos e informação de órgãos públicos. Esses são os únicos questionamentos do Estado vinculados a exceções preliminares apresentados oportunamente.
40. Ao contrário, as alegações relativas à Arguição de Descumprimento, à Ação Civil Pública, à possibilidade de interposição de uma ação penal subsidiária e às diversas iniciativas de reparação foram expostas pelo Brasil, pela primeira vez, como parte de uma exceção preliminar por falta de esgotamento dos recursos internos em sua contestação à demanda, aproximadamente nove anos e oito meses depois de adotada a decisão de admissibilidade por parte da Comissão Interamericana, ou seja, de maneira extemporânea. Por essa razão, não corresponde admitir esses argumentos.
41. Com relação às duas alegações de falta de esgotamento apresentadas oportunamente (*supra* par. 39), a Corte observa que, no procedimento perante si, o Estado não alegou a falta de interposição de um *habeas data*, motivo pelo qual o Tribunal considera que houve desistência a esse respeito e não fará nenhuma consideração adicional.
42. Com base no exposto acima, o Tribunal analisará unicamente a alegação do Estado referente à falta de esgotamento dos recursos internos a respeito da Ação Ordinária. No momento em que a Comissão emitiu o Relatório N.º. 33/01, em 6 de março de 2001, passados mais de 19 anos do início dessa ação, não havia uma decisão definitiva do mérito no âmbito interno. Por esse motivo, a Comissão concluiu que o atraso do processo não podia ser considerado razoável. A Comissão, por conseguinte, entendeu que não se podia exigir o requisito do esgotamento dos recursos internos e aplicou ao caso o artigo 46.2.c da Convenção. A Corte observa que não se deduz do expediente a alegada análise inadequada por parte da Comissão a respeito dessa exceção. De igual maneira, durante a tramitação do caso perante a Corte, o Estado teve a oportunidade de apresentar seus argumentos de defesa quanto a todos os aspectos da demanda, apesar do que não demonstrou prejuízo a seu direito de defesa em razão da referida atuação da Comissão. Desse modo, o Tribunal não encontra elementos para modificar, nesse caso, o que foi decidido pela Comissão Interamericana. Além disso, a partir dos argumentos das partes e das provas contidas no expediente, a Corte observa que as alegações do Estado relativas à eficácia do recurso e à inexistência de um atraso injustificado na Ação Ordinária versam sobre questões relacionadas com o mérito do caso, uma vez que contradizem as alegações relacionadas com a suposta violação dos artigos 8, 13 e 25 da Convenção Americana. Com base nas considerações anteriores, o Tribunal desestima essa exceção preliminar.

D. REGRA DA QUARTA INSTÂNCIA E FALTA DE ESGOTAMENTO A RESPEITO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL⁴²

1. Alegações das partes

43. Em sua contestação à demanda, dentro de suas alegações relacionadas com a falta de esgotamento dos recursos internos, o Estado sustentou que lhe “deve ser facultada [...] a oportunidade de debater e deliberar democraticamente o tema relacionado ao objeto da [...] demanda no âmbito de seu ordenamento jurídico interno. Em especial, é preciso dar tempo para que [...] o Supremo Tribunal Federal se pronuncie definitivamente acerca das questões jurídicas pendentes do governo militar”. Em particular, manifestou que, em outubro de 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil interpôs uma ação de *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* mediante a qual solicitou ao Supremo Tribunal Federal que confirmasse a Lei de Anistia uma interpretação conforme a Constituição, de modo que declare que a anistia concedida por essa lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra opositores políticos durante o regime militar.
44. Posteriormente à contestação da demanda, o Brasil informou que, em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal “declarou improcedente, por sete votos a dois, [a Arguição de Descumprimento N.º. 153]”, ao considerar que “a Lei de Anistia representou, em seu momento, uma etapa necessária no processo de reconciliação e redemocratização do país” e que “não se tratou de uma autoanistia”. Com base nessa recente decisão, o Estado questionou a competência da Corte Interamericana para revisar decisões adotadas pelas mais altas cortes de um Estado, indicando que este Tribunal não pode analisar as questões de mérito da presente demanda ocorridas até 29 de abril de 2010, em virtude do não esgotamento dos recursos internos. Com a decisão da Arguição de Descumprimento N.º. 153, verificou-se o esgotamento regular dos recursos internos, surgindo, inclusive, um novo obstáculo para a análise do mérito da demanda, a proibição da quarta instância. O Estado afirma o anteriormente exposto tomando por base, por um lado, que a tramitação da Arguição de Descumprimento N.º. 153 respeitou o devido processo legal, foi transparente, permitiu a participação de todos os interessados e garantiu a imparcialidade e a independência judicial e, por outro lado, o caráter subsidiário da atuação dos órgãos do Sistema Interamericano, que não podem constituir-se em tribunais de alçada para examinar alegados erros, de fato ou de direito, cometidos por tribunais nacionais que tenham atuado dentro de suas competências.

⁴² A *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* é uma modalidade de ação constitucional criada pela Constituição Federal de 1988, modificada pela reforma constitucional de 1993 e regulamentada pela Lei N.º. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Esta estabelece, em seu artigo 1º, que essa ação “será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por objetivo evitar ou reparar uma violação a um preceito fundamental que resulte de um ato do Poder Público” (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 35, tomo IV, folha 6309).

45. Com relação à Arguição de Descumprimento N°. 153, os representantes salientaram que: a) esse recurso não estava regulamentado quando o presente caso foi submetido à Comissão; b) a legitimação ativa para sua interposição é limitada e não inclui os familiares ou seus representantes; c) o Partido Comunista do Brasil, que o Estado afirmou que poderia ter interposto essa ação, não é o representante legal dos familiares e, por conseguinte, não poderia interpor essa ação em seu nome, e d) essa ação não constitui um recurso adequado para remediar os desaparecimentos forçados. Por esse motivo, concluíram que é absurdo exigir o esgotamento do recurso mencionado. Por outro lado, os representantes alegaram que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao estender a anistia aos agentes da repressão que cometeram crimes contra a humanidade, impede objetivamente a busca de justiça e o acesso à verdade que as vítimas perseguem. Ao ser esse ponto objeto do litígio do presente caso, não se sustenta a alegação de quarta instância apresentada pelo Estado. Embora os representantes tenham coincidido no que diz respeito ao caráter subsidiário da jurisdição internacional, consideraram que a análise do conjunto dos elementos que constituiriam violações continuadas aos direitos das vítimas e de seus familiares é essencial para a determinação da responsabilidade internacional do Estado.

2. Considerações da Corte

46. O Tribunal observa que, com base na Arguição de Descumprimento N°. 153, o Estado apresentou duas exceções preliminares, uma relativa à falta de esgotamento dos recursos internos e outra relacionada à fórmula da quarta instância. Quanto à primeira dessas alegações, a Corte já estabeleceu que o Estado não apresentou essa exceção no momento processual oportuno e desestimou esse argumento (*supra* par. 40). Embora a extemporaneidade dessa alegação seja o fundamento de sua recusa, a Corte Interamericana considera conveniente prestar os seguintes esclarecimentos. Em primeiro lugar, é evidente que a Arguição de Descumprimento não é um recurso que se possa considerar disponível, não somente porque não estava regulamentada no momento da interposição da denúncia perante a Comissão, mas também porque os particulares, como os familiares das supostas vítimas, não estão legitimados para utilizá-la, dado que os únicos legitimados para interpor essa ação são determinados funcionários e instituições do Estado e coletivos sociais⁴³. Além disso, o objeto da referida ação é evitar ou reparar uma possível lesão a uma norma fundamental, que, no caso perante o Supremo Tribunal Federal, se expressava em uma determinada interpretação constitucional. Disso se deduz

43 O artigo 103 da Constituição Federal dispõe que podem interpor essa ação:

I. o Presidente da República; II. a Mesa do Senado Federal; III. a Mesa da Câmara dos Deputados; IV. a Mesa das Assembleias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V. Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI. o Procurador-Geral da República; VII. o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII. partido político com representação no Congresso Nacional; IX. confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

claramente que tampouco constituía um recurso adequado para reparar as violações alegadas, isto é, para esclarecer os fatos, estabelecer as responsabilidades individuais deles decorrentes e determinar o paradeiro das supostas vítimas desaparecidas.

47. Por outra parte, o Tribunal observa que a alegação sobre a quarta instância foi interposta pelo Estado na audiência pública do presente caso, posteriormente à apresentação do escrito de contestação à demanda. Embora o artigo 38.1 do Regulamento estabeleça que o momento processual para a interposição de exceções preliminares é o da apresentação do escrito de contestação da demanda, a Corte considera que a sentença do Supremo Tribunal Federal, de 29 de abril de 2010, constitui um fato superveniente (*infra* par. 58) e, por esse motivo, cabe a este Tribunal pronunciar-se sobre essa alegação estatal. A Comissão e os representantes das vítimas tiveram a oportunidade de apresentar suas alegações com respeito a essa exceção preliminar tanto na audiência pública como nas alegações finais escritas, motivo por que lhes foi garantido o direito de defesa.
48. A demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, decisão que nem sequer havia sido emitida quando aquele órgão apresentou sua demanda perante a Corte Interamericana, mas que se estabeleça se o Estado violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo das supostas vítimas, inclusive, *inter alia*, o direito de não ser submetido a um desaparecimento forçado decorrente dos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, o direito à proteção judicial, às garantias judiciais relativos ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades individuais por esses mesmos fatos, decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.
49. Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana⁴⁴, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de Direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento N.º. 153 (*infra* par. 136), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana.

⁴⁴ Cf. *Caso dos "Meninos de Rua" (Villagrán Morales e outros) versus Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C N.º. 63, par. 222; *Caso Escher e outros*, *supra* nota 27, par. 44, e *Caso Da Costa Cadogan*, *supra* nota 35, par. 12.

Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima essa exceção preliminar.

IV. COMPETÊNCIA

50. A Corte Interamericana é competente, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, para conhecer do presente caso, em razão de ser o Brasil Estado-Parte da Convenção Americana desde 25 de setembro de 1992 e de ter reconhecido a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998.

V. PROVA

51. Com base no estabelecido nos artigos 46, 47 e 50 do Regulamento, bem como em sua jurisprudência a respeito da prova e sua apreciação⁴⁵, a Corte examinará e avaliará os elementos probatórios documentais remetidos pelas partes em diversas oportunidades processuais, bem como as declarações das supostas vítimas, os testemunhos e os pareceres periciais rendidos perante agente dotado de fé pública e na audiência pública perante a Corte. Para isso, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica sã dentro do marco normativo correspondente⁴⁶.

A. PROVA DOCUMENTAL, TESTEMUNHAL E PERICIAL

52. O Tribunal recebeu as declarações rendidas perante agente dotado de fé pública pelas supostas vítimas, testemunhas e peritos, especificados neste parágrafo, sobre os temas a seguir mencionados. O conteúdo dessas declarações está incluído no capítulo correspondente:

1) *Diva Soares Santana*, suposta vítima, proposta pela Comissão Interamericana. Declarou sobre: a) os alegados esforços dos familiares dos desaparecidos para obter justiça, verdade e reparação, bem como para conhecer o paradeiro dos desaparecidos, entre eles

⁴⁵ Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) versus Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C N.º. 76, par. 50; *Caso Rosendo Cantú e outra versus México, Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C N.º. 216, par. 27, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 24*, par. 39.

⁴⁶ Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) versus Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C N.º. 37, par. 76; *Caso Rosendo Cantú e outra, supra nota 45*, par. 27, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 24*, par. 39.

sua irmã, Dinaelza Santana Coqueiro, e seu cunhado, Vandick Reidner Pereira Coqueiro, e b) o impacto alegadamente sofrido por ela e sua família em virtude dos fatos do caso;

2) *Victoria Lavínia Grabois Olímpio*, suposta vítima, proposta pela Comissão e pelos representantes. Declarou sobre: a) sua relação familiar com seu pai, Maurício Grabois, seu irmão, André Grabois, e seu esposo e pai de seu filho, Gilberto Olímpio; b) a forma como teve conhecimento dos alegados desaparecimentos forçados dessas pessoas; c) o impacto desses desaparecimentos em sua vida e na de sua família; d) as supostas gestões e ações pessoais e familiares para conhecer a verdade sobre o ocorrido, obter justiça e localizar os restos mortais de seus entes queridos, bem como os obstáculos enfrentados, e e) as alegadas consequências materiais e imateriais dos desaparecimentos e da falta de verdade e justiça para ela e sua família;

3) *Aldo Creder Corrêa*; 4) *Clovis Petit de Oliveira*; 5) *Dilma Santana Miranda*; 6) *Dinorá Santana Rodrigues*; 7) *Dirceneide Soares Santana*; 8) *Elena Gibertini Castiglia*; 9) *Elza da Conceição Oliveira*; 10) *Helenalda Resende de Souza Nazareth*; 11) *Igor Grabois Olímpio*; 12) *João Carlos Schmidt de Almeida*; 13) *José Dalmo Ribeiro Ribas*; 14) *Junília Soares Santana*; 15) *Lorena Moroni Girão Barroso*; 16) *Luíza Gurjão Farias*; 17) *Luíza Monteiro Teixeira*; 18) *Maria Eliana de Castro Pinheiro*; 19) *Maria Leonor Pereira Marques*; 20) *Maristella Nurchis*; 21) *Rosa Olímpio*; 22) *Rosana de Moura Momente*; 23) *Sônia Maria Haas*; 24) *Terezinha Souza Amorim*; 25) *Valéria Costa Couto*; e 26) *Viriato Augusto Oliveira*⁴⁷, supostas vítimas, propostas pelos representantes. Declararam sobre os aspectos referentes a: a) sua relação familiar com as supostas vítimas desaparecidas; b) a maneira como tomaram conhecimento dos alegados desaparecimentos forçados; c) as ações pessoais e gestões dos familiares para conhecer a verdade sobre o ocorrido e localizar os restos mortais de seus entes queridos; d) o contexto político vivido depois dos desaparecimentos; e) a atuação das autoridades públicas, assim como outros obstáculos na busca por justiça; f) as consequências materiais e imateriais dos desaparecimentos e da falta de verdade e justiça em sua vida pessoal e familiar; e g) as indenizações recebidas;

27) *Danilo Carneiro*, testemunha proposta pelos representantes. Declarou sobre: a) as supostas atividades dos militantes políticos na referida região e b) o padrão de repressão que teria sido imposto pelo Estado durante o regime militar e, em particular, o *modus operandi* das alegadas detenções e das torturas perpetradas por agentes estatais e seus colaboradores contra os opositores políticos e seus supostos colaboradores na região;

⁴⁷ Cf. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") versus Brasil. Reconsideração*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 19 de maio de 2010, Considerandos 23 a 29, Ponto Resolutivo Primeiro.

28) *Edmundo Teobaldo Müller Neto*, testemunha proposta pelo Estado. Declarou sobre as alegadas atividades do Grupo de Trabalho Tocantins, instituído pelo Decreto Nº. 567/MD, com o objetivo de localizar, recolher e identificar os corpos dos guerrilheiros e militares mortos no episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia;

29) *Jaime Antunes da Silva*⁴⁸, testemunha proposta pelo Estado. Declarou sobre a alegada implementação do “Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil (1964-1985) - Memórias Reveladas”, referente à recuperação e disponibilização dos arquivos dos órgãos de segurança do regime de exceção;

30) *Flavia Piovesan*⁴⁹, professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos, perita proposta pela Comissão. Apresentou laudo pericial sobre: a) a Lei Nº. 11.111 e os Decretos Nº. 2.134/97, Nº. 4.553/02 e Nº. 5.584/05, com relação aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e b) as consequências dessas normas para o cumprimento da sentença definitiva proferida no âmbito da Ação Ordinária Nº. 82.00.24682-5, com o objetivo de que examine a possibilidade concreta de execução da referida sentença;

31) *Damián Miguel Loreti Urba*, advogado especialista em liberdade de expressão e leis de sigilo, perito proposto pela Comissão. Apresentou laudo pericial sobre a Lei Nº. 11.111 e os Decretos Nº. 2.134/97, Nº. 4.553/02 e Nº. 5.584/05 e as garantias constitucionais fundamentais relativas à liberdade de expressão e ao acesso à informação;

32) *Paulo César Endo*, psicólogo e professor, perito proposto pelos representantes. Apresentou laudo pericial sobre: a) os efeitos nos familiares dos alegados desaparecimentos forçados e da falta de justiça e verdade sobre o ocorrido; b) as características que deve ter um programa adequado de atenção psicológica a esses danos e c) outras medidas que o Estado deva adotar para reparar as supostas violações cometidas;

33) *Hélio Bicudo*, ex-promotor do Ministério Público do Estado de São Paulo e especialista em Direito Internacional dos Direitos Humanos, perito proposto pelos representantes. Apresentou laudo pericial sobre como a interpretação dada aos crimes conexos previstos na Lei Nº. 6.683/79 constituiu um suposto obstáculo para a

48 Cf. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”). Reconsideração, supra nota 47, Considerandos 12 a 16 e Ponto Resolutivo Primeiro.*

49 Cf. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”). Reconsideração, supra nota 47, Vistos 4 e 7.*

persecução penal e punição dos autores das graves violações dos direitos humanos cometidas durante o regime militar brasileiro;

34) *Estevão Chaves de Rezende Martins*⁵⁰, professor, ex-secretário legislativo do Ministério da Justiça e ex-consultor geral legislativo do Senado Federal, perito proposto pelo Estado. Requereu-se um parecer pericial sobre a experiência histórica brasileira à luz do conceito de “justiça de transição,” e

35) *Alcides Martins*, subprocurador geral da República, perito proposto pelo Estado. Apresentou uma análise técnico-jurídica sobre a Lei de Anistia.

53. Quanto à prova rendida em audiência pública, a Corte ouviu as declarações das pessoas a seguir relacionadas:

1) *Laura Petit da Silva*, suposta vítima, proposta pela Comissão e pelos representantes. Declarou sobre: a) a identificação de sua irmã, Maria Lúcia Petit da Silva; b) o impacto que teve em sua vida e na de sua família a alegada execução de sua irmã e o suposto desaparecimento de seus irmãos, Lúcio e Jaime Petit da Silva e c) os esforços e obstáculos que teria enfrentado para obter verdade e justiça;

2) *Criméia Alice Schmidt de Almeida* e 3) *Elizabeth Silveira e Silva*, supostas vítimas, propostas pelos representantes. Declararam sobre os aspectos referentes a: a) sua relação familiar com a suposta vítima desaparecida; b) a maneira como tiveram conhecimento do alegado desaparecimento forçado; c) as ações pessoais e gestões dos familiares para conhecer a verdade sobre o ocorrido e localizar os restos mortais de seus entes queridos; d) o contexto político vivido durante o regime militar no Brasil; e) a atuação das autoridades públicas, bem como outros obstáculos na busca por justiça; f) as consequências materiais e imateriais dos desaparecimentos e da falta de verdade e justiça em sua vida pessoal e familiar e g) as indenizações recebidas;

4) *Marlon Alberto Weichert*, testemunha proposta pela Comissão e pelos representantes. Declarou sobre: a) o alcance e a interpretação conferidos à Lei de Anistia brasileira; b) os demais obstáculos alegadamente utilizados no Direito brasileiro para impedir a investigação, o julgamento e a punição de graves violações de direitos humanos e c) os obstáculos e as restrições supostamente indevidas ao direito de acesso a informação no Brasil;

⁵⁰ Cf. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”)*. Reconsideração, *supra* nota 47, Considerandos 4 a 11 e Ponto Resolutivo Primeiro.

5) *Belisário dos Santos*⁵¹, testemunha proposta pelos representantes. Declarou sobre: a) os supostos obstáculos jurídicos e legais encontrados no litígio de casos de presos políticos, concernentes a fatos ocorridos durante o regime militar brasileiro; b) as obstruções alegadamente encontradas pela Comissão Especial para ter acesso aos documentos oficiais em poder do Estado e na busca e entrega dos restos mortais das supostas vítimas desaparecidas; c) o julgamento de processos e o pagamento de indenizações pela Comissão Especial e d) as atividades do Comitê de Supervisão do Grupo de Trabalho Tocantins;

6) *José Gregori*, testemunha proposta pelo Estado. Declarou sobre a importância e as atividades da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e o contexto histórico da Lei Nº. 9.140/95;

7) *José Paulo Sepúlveda Pertence*, testemunha proposta pelo Estado. Declarou sobre: a) o contexto histórico de elaboração e promulgação da Lei de Anistia e b) sua alegada contribuição para o processo de reconciliação nacional à época de sua promulgação;

8) *Rodrigo Uprimny*, professor, especialista em justiça de transição, perito proposto pela Comissão. Apresentou perícia sobre: a) o eventual impacto, na sociedade brasileira atual, causado pelo desconhecimento da verdade histórica de seu passado e das graves violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar e b) as possíveis consequências do anteriormente exposto, e

9) *Gilson Langaro Dipp*, ministro do Superior Tribunal de Justiça, ex-corregedor Nacional de Justiça, perito proposto pelo Estado. Apresentou perícia sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

B. ADMISSIBILIDADE DA PROVA DOCUMENTAL

54. No presente caso, como em outros⁵², o Tribunal admite o valor probatório dos documentos enviados pelas partes na devida oportunidade processual, que não foram controvertidos ou objetados, nem cuja autenticidade tenha sido colocada em dúvida.

55. Com relação aos artigos ou textos acadêmicos, a Corte já mencionou, anteriormente, que se trata de obras escritas, que contêm declarações ou afirmações de seus autores para

51 Cf. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia")*. Reconsideração, *supra* nota 47, Considerandos 18 e 22 e Ponto Resolutivo Segundo.

52 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*. Mérito, *supra* nota 25, par. 140; *Caso Rosendo Cantú e outra*, *supra* nota 45, par. 31, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 42.

divulgação pública. Nesse sentido, a valoração de seu conteúdo não se encontra sujeita às formalidades exigidas para as provas testemunhais. Não obstante, seu valor probatório dependerá de que corroborem ou se refiram a aspectos relacionados com o caso concreto⁵³.

56. Quanto às notas de imprensa, este Tribunal considerou que poderão ser apreciadas quando reúnam fatos públicos e notórios ou declarações de funcionários do Estado ou quando corroborem aspectos relacionados ao caso⁵⁴. O Tribunal decide admitir os documentos que se encontrem completos ou que, pelo menos, possibilitem constatar a fonte e a data de publicação e os valorará à luz do conjunto do acervo probatório, das observações do Estado e das regras da crítica sã.
57. De igual modo, a Corte incorpora ao acervo probatório as decisões e outros documentos que considera úteis para a resolução deste caso, em aplicação do artigo 47.1 do Regulamento.
58. Posteriormente à contestação da demanda, em 6 de maio de 2010, o Estado informou ao Tribunal que, em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 153 e confirmou, por sete votos contra dois, a validade interna da Lei de Anistia. O Brasil indicou que essa decisão constitui um fato novo superveniente, nos termos do artigo 46.3 do Regulamento aplicável, que altera substancialmente o rumo da instrução processual até então realizada, e solicitou que fossem anexados como prova os votos de quatro ministros do Supremo Tribunal Federal, aportados pelo Estado.
59. A Corte considera que a decisão do Supremo Tribunal Federal do Estado, que afirma a constitucionalidade da Lei de Anistia, está ligada aos fatos do presente caso. O Tribunal, por conseguinte, admite como prova de fatos supervenientes os documentos aportados pelo Estado, nos termos do artigo 46.3 do Regulamento, e considerará, no que sejam pertinentes, as informações ali indicadas.
60. Por outro lado, a Corte admite, excepcionalmente, os documentos enviados pelas partes em diversas oportunidades processuais, por julgá-los pertinentes e úteis para a determinação dos fatos e suas eventuais consequências jurídicas, sem prejuízo das considerações a seguir formuladas.

⁵³ Cf. *Caso Radilla Pacheco*, supra nota 24, par. 72; *Caso Fernández Ortega e outro versus México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C N°. 215, par. 33, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, supra nota 45, par. 34.

⁵⁴ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, supra nota 25, par. 146; *Caso Rosendo Cantú e outra*, supra nota 45, par. 35, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 43.

61. A Comissão Interamericana apresentou, com suas alegações finais, documentos enviados pelo perito Uprimny, relativos à perícia por ele apresentada a este Tribunal. O Estado observou que não há uma disposição normativa a respeito da possibilidade de complementação de uma perícia apresentada em audiência pública. Ademais, alegou que esses documentos não se referem a fatos relevantes para o processo, nem se relacionam com nenhum evento de força maior, impedimento grave ou fatos supervenientes, motivos pelos quais os documentos aportados são extemporâneos e inadmissíveis.
62. A Corte recorda que os documentos relativos ao parecer do perito Uprimny foram anexados em atendimento a um pedido do Tribunal, no decorrer da audiência pública, e, por esse motivo, os incorpora ao acervo do presente caso nos termos do artigo 47 do Regulamento. A Corte levará em consideração as observações do Estado, dentro do conjunto do acervo probatório, em aplicação das regras da crítica sã.
63. O Brasil anexou a suas alegações finais escritas a opinião de uma pessoa sobre o parecer do perito Uprimny, além de material de imprensa que, segundo o Estado, contrastaria com a opinião do perito. Os representantes alegaram que a pessoa que elaborou essa resposta, além de não ser um perito convocado pelo Tribunal, não teve seu parecer apresentado oportunamente como prova na contestação do Estado e tampouco se alegou força maior, impedimento grave ou fatos supervenientes para a apresentação dessa prova. Trata-se, por conseguinte, de prova apresentada de forma inoportuna e extemporânea. Com relação ao material de imprensa anexado, salientaram que não tem relação direta com o caso e não foi citado nessa opinião.
64. A Corte observa que a apresentação desses documentos não está prevista nas normas regulamentares, nem foi justificada em alguma das situações que, excepcionalmente, permitem a apresentação extemporânea de provas, nem foi solicitada pelo Tribunal. Com base no anteriormente exposto, não admitirá os documentos que alegadamente responderiam à perícia do senhor Uprimny.
65. Os representantes anexaram a suas alegações finais comprovantes de gastos relacionados com o presente caso e um “complemento da perícia” do senhor Bicudo. Com relação a esse último documento, o Estado considerou extemporânea e inadmissível essa apresentação.
66. A Corte observa que a apresentação de uma “perícia complementar” não está prevista nas normas regulamentares, não foi justificada em nenhuma das situações que, excepcionalmente, permitem a apresentação extemporânea de provas, nem foi solicitada

pelo Tribunal. Isso posto, não admitirá os documentos relativos à perícia complementar mencionada. Por outro lado, quanto aos comprovantes de gastos enviados pelos representantes, o Tribunal só considerará os documentos enviados com as alegações finais escritas que se refiram a custas e gastos ocorridos por ocasião do procedimento perante esta Corte com posterioridade ao escrito de solicitações e argumentos.

C. ADMISSIBILIDADE DAS DECLARAÇÕES DAS SUPOSTAS VÍTIMAS E DA PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL

67. Quanto às declarações das supostas vítimas e das testemunhas, bem como aos pareceres apresentados na audiência pública, e mediante declarações juramentadas, a Corte os considera pertinentes apenas na medida em que se ajustem ao objeto definido pelo Presidente do Tribunal, na resolução em que se ordenou recebê-los⁵⁵, e em conjunto com os demais elementos do acervo probatório, levando em conta as observações formuladas pelas partes⁵⁶.
68. Com relação às declarações das supostas vítimas, o Estado formulou esclarecimentos e opiniões sobre alguns dos pontos abordados nos depoimentos das senhoras Victória Lavínia Grabois Olímpio e Diva Soares Santana.
69. Conforme a jurisprudência deste Tribunal, as declarações prestadas pelas supostas vítimas não podem ser valoradas isoladamente, mas como parte do conjunto das provas do processo, uma vez que são úteis na medida em que podem proporcionar mais informações sobre as supostas violações e suas consequências⁵⁷. A Corte registra que as observações do Estado se referem a certos aspectos do conteúdo de ambas as declarações, mas que não impugnam sua admissibilidade. Ante o exposto, o Tribunal admite essas declarações, sem prejuízo de que seu valor probatório seja considerado à luz dos critérios mencionados (*supra* par. 67) e das regras da crítica sã.
70. Ademais, a Comissão Interamericana, os representantes e o Estado apresentaram observações sobre algumas declarações testemunhais. A Comissão e os representantes se manifestaram sobre alguns aspectos do conteúdo do depoimento do senhor Antunes

⁵⁵ Cf. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia")*. Convocatória de Audiência Pública, *supra* nota 6, e *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia")*. Reconsideração, *supra* nota 47, Considerandos 4 a 11.

⁵⁶ Cf. *Caso Loayza Tamayo versus Peru*. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C N.º. 33, par. 43; *Caso Rosendo Cantú e outra*, *supra* nota 45, par. 50, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 47.

⁵⁷ Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros)*. Reparações e Custas, *supra* nota 45, par. 70; *Caso Rosendo Cantú e outra*, *supra* nota 45, par. 52, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 48.

da Silva. Além disso, os representantes acrescentaram que “a testemunha extrapolou o objeto definido na resolução [do presidente]”, que incluía somente as atividades relativas ao projeto “Memórias Reveladas”, quando se referiu às normas internas e à experiência comparada. Em suas alegações finais, o Estado respondeu a essas observações, sustentando, *inter alia*, que o registro, no *affidávit*, de uma pequena análise comparativa dos acervos de outros países é fruto dos resultados obtidos por meio do contato estreito que a testemunha vem mantendo com representantes e técnicos das diversas instituições de arquivo na América Latina. O Brasil salientou, ademais, que “não ficou completamente claro o significado do comentário a respeito da ‘referência à legislação interna’”. Indicou que, se essa observação se refere ao acesso à mesma informação, deve-se destacar que um dos principais objetivos do projeto “Memórias Reveladas” é o acesso à mesma, motivo pelo qual é pertinente a menção à legislação interna. Por outro lado, os representantes formularam observações sobre o conteúdo do depoimento do senhor Müller Neto, que foram respondidas pelo Estado em suas alegações finais.

71. O Tribunal observa que nem a Comissão Interamericana, nem os representantes impugnaram a admissibilidade das duas declarações mencionadas, mas ofereceram os esclarecimentos ou as opiniões que julgaram pertinentes sobre seu conteúdo. A Corte avaliará essas declarações, bem como as observações mencionadas, no que resultem pertinentes, nos respectivos capítulos da presente Sentença e de acordo com os critérios indicados anteriormente (*supra* par. 67). Por outro lado, o Tribunal observa que o depoimento do senhor Antunes da Silva refere-se ao objeto oportunamente indicado e que as breves menções comparativas a experiências da região e às normas que regulamentam o acesso à informação e ao funcionamento do arquivo não se encontram fora dele.
72. Por último, o Estado e os representantes se pronunciaram sobre determinados laudos periciais. O Brasil formulou observações sobre os laudos dos peritos Piovesan, Loreti, Bicudo, Endo e Uprimny. Quanto aos dois primeiros, o Estado ofereceu informações e sua opinião sobre seu conteúdo, sem impugnar sua admissibilidade. Por outro lado, quanto ao parecer do perito Bicudo, o Brasil indicou que somente uma parte da perícia, “que consta dos parágrafos 13 a 38, guarda relação com seu objeto” e que há manifestações que configuram opiniões pessoais do perito. O Estado sustentou que o perito extrapolou o objeto da perícia e, por esse motivo, solicitou que não se considerem essas manifestações. Quanto ao parecer do senhor Endo, o Brasil lembrou seu objeto e salientou que o perito devia ajustar-se a ele, bem como evitar comentários pessoais sobre fatos históricos quando não estejam relacionados com a percepção dos familiares. Também mencionou que, em algumas partes do laudo pericial, não ficou claro se o perito refletia a percepção dos familiares ou emitia sua opinião sobre os fatos e eventos

históricos, destacando a importância dessa distinção. Ademais, tampouco ficou claro se o perito realizou entrevistas pessoais com todos os familiares dos desaparecidos da Guerrilha do Araguaia, medida considerada imprescindível para caracterizar as reparações imateriais, ou se apenas entrevistou alguns dos afetados. Adicionalmente, o Brasil apresentou observações sobre determinadas medidas recomendadas pelo perito. Por último, com relação à perícia do senhor Uprimny, o Estado, em suas alegações finais, questionou o conteúdo e a metodologia utilizada como base do parecer, aportando a opinião de uma pessoa sobre a perícia e uma nota de imprensa, as quais discrepavam das afirmações desse perito (*supra* par. 63).

73. Por sua vez, os representantes apresentaram observações sobre os pareceres dos peritos Martins e Rezende Martins. A respeito do primeiro, salientaram que o laudo pericial extrapola os aspectos estabelecidos no objeto determinado pelo presidente, uma vez que se refere expressamente a outras iniciativas do Estado, como a Comissão de Anistia e a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Ademais, indicaram que o perito realizou uma consideração valorativa sobre o desempenho do Estado, desnecessária para o objetivo da perícia. Finalmente, os representantes fizeram observações sobre o conteúdo do parecer relacionado com a Lei de Anistia. Nas alegações finais, o Brasil respondeu a essas observações e, entre outras considerações, salientou que a análise da Lei de Anistia não pode ser isolada do tempo em que essa lei foi elaborada, nem do fundamento em que estava baseada. Por outro lado, sobre o parecer do perito Rezende Martins, além de algumas observações gerais, os representantes salientaram que, em seu parecer, não apresentou uma análise da experiência histórica brasileira, divergindo do objeto definido pelo presidente (*supra* par. 52, número 34).
74. A Corte Interamericana nota que as observações do Estado e dos representantes se baseiam, em termos gerais: a) na discrepância em relação ao conteúdo dos pareceres, contradizendo-os ou sobre eles oferecendo opinião; b) no alcance das manifestações dos peritos, indicando que algumas delas não correspondem ao objeto da perícia; c) no fato de que o perito apresenta opiniões pessoais e d) na metodologia utilizada para elaborar o parecer.
75. O Tribunal considera pertinente destacar que, diferentemente das testemunhas, que devem evitar emitir opiniões pessoais, os peritos oferecem opiniões técnicas ou pessoais, na medida em que se relacionem com seu especial saber ou experiência. Ademais, os peritos podem referir-se tanto a pontos específicos da *litis* como a qualquer outro ponto relevante do litígio, sempre e quando se circunscrevam ao objeto para o

qual foram convocados e suas conclusões estejam suficientemente fundamentadas⁵⁸. Adicionalmente, quanto às observações sobre o conteúdo dos laudos periciais, o Tribunal entende que elas não impugnam sua admissibilidade, mas que questionam o valor probatório dos pareceres, os quais serão considerados, no que seja pertinente, nos capítulos correspondentes da presente Sentença. Por outro lado, relativamente a que alguns peritos manifestaram-se fora do objeto da perícia, o Tribunal considerará as observações das partes e reitera que somente admitirá as manifestações que se ajustem ao objeto oportunamente definido (*supra* pars. 52 e 53).

76. Em particular, a respeito das observações sobre a metodologia do parecer do senhor Endo, sem prejuízo de levar em conta a manifestação do Estado, o Tribunal observa que o parecer contém uma explicação sobre o procedimento empregado. O perito salientou que a estrutura da perícia está composta de três partes diferenciadas; ao passo que as duas primeiras se referem à análise do dano a determinados familiares, aos quais identifica, a terceira parte enfatiza os danos psicológicos que se repetem em mais de um familiar, buscando mostrar o caráter repetitivo do dano. Com vistas à elaboração de uma parte do laudo pericial, o perito realizou entrevistas pessoais com determinados familiares; e para a outra parte, não houve encontros entre os familiares e o perito, mas toda a análise foi realizada com base nos *affidávits* dos familiares. A Corte não considera que as objeções ao método utilizado pelo perito, o qual foi suficientemente explicado no relatório, afetam sua admissibilidade. Com efeito, o fato de que o perito tenha combinado a entrevista pessoal de quatro familiares com a análise das declarações rendidas perante agente dotado de fé pública de mais de 20 familiares não obsta a validade de seu parecer, uma vez que o objeto da perícia, definido na resolução do presidente da Corte (*supra* par. 52, número 32), não estabeleceu uma modalidade determinada ou a obrigatoriedade de individualização da análise. Por último, o Tribunal toma nota do questionamento do Estado sobre a metodologia com base na qual o perito Uprimny realizou algumas das manifestações de seu parecer. Sem prejuízo do exposto, o Tribunal já estabeleceu que não admite os documentos anexados ao escrito do Estado relativos a esse parecer (*supra* par. 64). Isso posto, o Tribunal admite os laudos periciais mencionados, na medida em que se ajustem ao objeto ordenado, e os valorará juntamente com o restante do acervo probatório, levando em conta as observações das partes, em conformidade com as regras da crítica sã.

⁵⁸ Cf. *Caso Reverón Trujillo*, *supra* nota 39, par. 42; *Caso Fernández Ortega e outros*, *supra* nota 53, par. 61, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, *supra* nota 45, par. 68.

VI. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS SOBRE OS FAMILIARES

INDICADOS COMO SUPOSTAS VÍTIMAS

77. A Comissão e os representantes indicaram como supostas vítimas determinados familiares das pessoas alegadamente desaparecidas e da senhora Maria Lúcia Petit da Silva. No entanto, há diferentes situações relativas à identificação dos familiares como supostas vítimas no presente caso, a saber: a) 133 pessoas foram indicadas no relatório de mérito e na demanda da Comissão; b) 107 pessoas foram incluídas pela primeira vez na demanda e c) 40 pessoas foram mencionadas pela primeira vez em uma lista anexada ao escrito de solicitações e argumentos.
78. O Brasil afirmou estar de acordo com o critério do Tribunal sobre a determinação das supostas vítimas em um caso perante a Corte. Lembrou que as supostas vítimas devem ser citadas na demanda e no relatório da Comissão, segundo o artigo 50 da Convenção. Afirmou que corresponde à Comissão, e não ao Tribunal, identificar na devida oportunidade processual as supostas vítimas de um caso perante a Corte.
79. No que se refere aos familiares, a Corte recorda que, na jurisprudência constante dos últimos anos, estabeleceu que as supostas vítimas devem estar indicadas no relatório da Comissão, expedido segundo o artigo 50 da Convenção, e na demanda perante esta Corte. Além disso, em conformidade com o artigo 34.1 do Regulamento, cabe à Comissão, e não a este Tribunal, identificar, com precisão e na devida oportunidade processual, as supostas vítimas em um caso perante a Corte⁵⁹.
80. O Tribunal, por conseguinte, julga conveniente esclarecer que os familiares que serão considerados como supostas vítimas no presente caso são aqueles indicados como tais pela Comissão Interamericana no relatório de mérito a que se refere o artigo 50 da Convenção Americana e no escrito de demanda⁶⁰.

⁵⁹ Cf. *Caso dos Massacres de Ituango versus Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença* de 01 de julho de 2006. Série C N.º. 148, par. 98; *Caso Chitay Nech e outros, supra* nota 25, par. 44, e *Caso Rosendo Cantú e outra, supra* nota 45, par. 140.

⁶⁰ Expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo VII, folhas 3553 a 3558 e expediente de mérito, tomo I, folhas 37 a 42.

VII. DIREITO AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À VIDA, À INTEGRIDADE E À LIBERDADE PESSOAIS EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS

81. Com a finalidade de examinar a alegada responsabilidade internacional do Brasil pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica⁶¹, à vida⁶², à integridade⁶³ e à liberdade⁶⁴ pessoais, em relação às obrigações de respeito e garantia⁶⁵, o Tribunal sintetizará as alegações das partes, estabelecerá os fatos que considera provados e fará as considerações pertinentes. No presente caso, os fatos foram estabelecidos, fundamentalmente, com base em documentos oficiais, tais como a Lei Nº. 9.140/95, os Relatórios da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, do Ministério da Defesa sobre a Guerrilha do Araguaia e da Comissão Interministerial criada para investigar as circunstâncias dos desaparecimentos ocorridos no marco da Guerrilha.

A. ALEGAÇÕES DAS PARTES

82. A Comissão Interamericana indicou que a prática de desaparecimentos forçados é um crime contra a humanidade e que o presente caso “reveste a particular transcendência histórica de que os fatos ocorreram em um contexto de prática sistemática de detenções arbitrárias, torturas, execuções e desaparecimentos forçados perpetrado[s] pelas forças de segurança do governo militar, nos quais os agentes estatais [...] utilizaram a investidura oficial e recursos outorgados pelo Estado para [fazer] desaparecer a todos os membros da Guerrilha do Araguaia”. Com exceção de alguns poucos casos iniciais de prisão e tortura, todos os membros da Guerrilha detidos foram desaparecidos. Os autores

61 O artigo 3 da Convenção estabelece que “[t]oda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”

62 O artigo 4.1 da Convenção estabelece que “[t]oda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”

63 O artigo 5.1 da Convenção Americana estabelece que “[t]oda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”

64 O artigo 7.1 da Convenção Americana estabelece que “[t]oda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais”

65 O artigo 1.1 da Convenção dispõe que “[o]s Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”

ocultaram todas as provas dos delitos e escaparam de toda punição; “quiseram criar um ‘limbo jurídico’, implantando-o por meio da negativa estatal de reconhecer que as vítimas estavam sob sua custódia, ou dando informações contraditórias sobre seu paradeiro, provocando deliberadamente a impossibilidade de a vítima exercer seus direitos, e mantendo seus familiares num vazio informativo sobre seu paradeiro ou situação”. Embora a Comissão Interamericana tenha valorado o reconhecimento de responsabilidade pelos desaparecimentos forçados realizado no âmbito interno e o pagamento de determinadas indenizações, destacou que os familiares dos desaparecidos continuam sem informação mínima sobre o ocorrido e sobre o paradeiro de seus entes queridos, bem como sobre seu paradeiro, passados quase 40 anos do início dos fatos. Com base no exposto, solicitou que a Corte estabeleça que o Estado violou os direitos à personalidade jurídica, à vida e à integridade e liberdade pessoais dos desaparecidos, previstos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, respectivamente, com relação à obrigação geral de respeitar os direitos, prevista no artigo 1.1 do mesmo instrumento.

83. Os representantes salientaram que o extermínio da Guerrilha fez parte de um padrão de repressão, perseguição e eliminação sistemática e generalizada da oposição política do regime ditatorial e constituiu um de seus episódios mais sangrentos. De acordo com a informação disponível, um grande número de supostas vítimas esteve sob custódia do Estado em algum momento antes de seu desaparecimento. O isolamento prolongado e a falta de comunicação a que foram submetidas as supostas vítimas constituem um tratamento cruel e desumano. O *modus operandi* seguido pelos agentes estatais nas detenções da região, bem como em outros desaparecimentos forçados e prisões de opositores políticos no Brasil, permite deduzir que as supostas vítimas foram torturadas durante o período em que estiveram sob custódia do Estado. As circunstâncias dos desaparecimentos não foram esclarecidas, os restos mortais não foram localizados, identificados e entregues a seus familiares, e os responsáveis não foram investigados, processados ou sancionados. Por conseguinte, solicitaram à Corte que declare a responsabilidade agravada do Estado e aplique as consequências jurídicas por ela acarretadas pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade, à vida, à integridade e à liberdade pessoais, consagrados, respectivamente, nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo tratado.
84. Na audiência pública, o Brasil salientou que “este é um momento histórico, em que o Estado brasileiro reafirma sua responsabilidade pelas violações de direitos humanos ocorridas durante o trágico episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia. Este também é um momento mais que oportuno para honrar os mortos e vítimas”. Por outro lado, o Estado referiu-se a diversas medidas adotadas, entre muitas outras, como a Lei N°.

9.140/95 e a publicação do relatório “Direito à Memória e à Verdade”. Além disso, não apresentou alegações específicas a respeito dos atos de desaparecimentos forçados supostamente ocorridos no presente caso. Não obstante, fez objeções à aplicação da “doutrina de crimes contra a humanidade” ao caso, em função dos princípios de legalidade e anterioridade da lei penal. Destacou, *inter alia*, que para que o costume internacional possa criar um tipo penal “seria necessário que estivesse devidamente consolidado no momento dos fatos (1972-1974)” e que a “universalização da tipificação do crime de lesa-humanidade no plano internacional ocorreu apenas com o [...] Estatuto de Roma [do Tribunal Penal Internacional], em 1998”.

B. FATOS RELACIONADOS COM OS DESAPARECIMENTOS FORÇADOS

1. Contexto histórico

85. Em abril de 1964, um golpe militar depôs o governo constitucional do presidente João Goulart. A consolidação do regime militar baseou-se na Doutrina da Segurança Nacional e na promulgação de sucessivas normas de segurança nacional⁶⁶ e normas de exceção, como os atos institucionais, “que funcionaram como pretense marco legal para dar cobertura jurídica à escalada repressiva”⁶⁷. Esse período foi caracterizado “pela instalação de um aparelho de repressão que assumiu características de verdadeiro poder paralelo ao Estado”⁶⁸ e chegou ao seu “mais alto grau” com a promulgação do Ato Institucional N.º 5 em dezembro de 1968⁶⁹. Entre outras manifestações repressivas nesse período, encontram-se o fechamento do Congresso Nacional, a censura completa da imprensa, a suspensão dos direitos individuais e políticos, da liberdade de expressão, da liberdade de reunião e da garantia do *habeas corpus*⁷⁰. Também se estendeu o alcance da justiça militar, e uma Lei de Segurança Nacional introduziu, entre outras medidas, as penas perpétua e de morte⁷¹.
86. Entre 1969 e 1974, produziu-se “uma ofensiva fulminante sobre os grupos armados de oposição”⁷². O mandato do presidente Médici (1969-1974) representou “a fase de

66 Entre outros, os Decretos-lei N.ºs. 314, de 1967, e 510 e 898, de 1969.

67 Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, Brasília, 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo I, anexo 7, folha 5584).

68 *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folha 5587.

69 Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folhas 5586 e 5591, e Ato Institucional N.º 5, de 13 de dezembro de 1968.

70 Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folhas 5587 e 5591.

71 Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folhas 5587 e 5591, e Decreto-Lei N.º 898, de 29 de setembro de 1969.

72 *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folha 5592.

repressão mais extremada em todo o ciclo de 21 anos do regime militar” no Brasil⁷³. Posteriormente, durante “os três primeiros anos [do governo do presidente] Geisel [1974-1979], o desaparecimento de presos políticos, que antes era apenas uma parcela das mortes ocorridas, torna-se a regra predominante para que não ficasse estampada a contradição entre o discurso de abertura e a repetição sistemática das velhas notas oficiais simulando atropelamentos, tentativas de fuga e falsos suicídios”⁷⁴. Como consequência, a partir de 1974, “oficialmente não houve mortes nas prisões, [t]odos os presos políticos mortos ‘desapareceram’ [e] o regime passou a não mais assumir o assassinato de opositores”⁷⁵.

87. Segundo a Comissão Especial, cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos primeiros meses da ditadura; cerca de 20 mil presos foram submetidos a torturas; há 354 mortos e desaparecidos políticos; 130 pessoas foram expulsas do país; 4.862 pessoas tiveram seus mandatos e direitos políticos suspensos, e centenas de camponeses foram assassinados⁷⁶. A Comissão Especial destacou que o “Brasil é o único país [da região] que não trilhou procedimentos [penais] para examinar as violações de [d]ireitos [h]umanos ocorridas em seu período ditatorial, mesmo tendo oficializado, com a lei N°. 9.140/95, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e desaparecimentos denunciados”⁷⁷. Isso tudo devido a que, em 1979, o Estado editou uma Lei de Anistia (*infra* pars. 134 e 135).

2. Guerrilha do Araguaia

88. Denominou-se Guerrilha do Araguaia ao movimento de resistência ao regime militar integrado por alguns membros do novo Partido Comunista do Brasil. Esse movimento propôs-se a lutar contra o regime, “mediante a construção de um exército popular de libertação”⁷⁸. No início de 1972, às vésperas da primeira expedição do Exército à região do Araguaia⁷⁹, a Guerrilha contava com cerca de 70 pessoas, em sua maioria jovens⁸⁰.

73 *Direito à Memória e à Verdade, supra* nota 67, folha 5591.

74 *Direito à Memória e à Verdade, supra* nota 67, folhas 5592.

75 *Direito à Memória e à Verdade, supra* nota 67, folha 5614.

76 Cf. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Papel cumprido e trabalho por fazer, 2006. Extrato do Livro Relatório* (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo V, anexo 2, folha 2762) e *Direito à Memória e à Verdade, supra* nota 67, folha 5595.

77 *Direito à Memória e à Verdade, supra* nota 67, folha 5586.

78 *Direito à Memória e à Verdade, supra* nota 67, folha 5759.

79 A região onde aconteceram os fatos está localizada no limite dos estados do Maranhão, Pará e o atual Tocantins, por onde passa o Rio Araguaia.

80 Cf. *Direito à Memória e à Verdade, supra* nota 67, folhas 5758 e 5759.

89. Entre abril de 1972 e janeiro de 1975, um contingente de entre três mil e dez mil integrantes do Exército, da Marinha, da Força Aérea e das Polícias Federal e Militar empreendeu repetidas campanhas de informação e repressão contra os membros da Guerrilha do Araguaia⁸¹. Nas primeiras campanhas, os guerrilheiros detidos não foram privados da vida, nem desapareceram⁸². Os integrantes do Exército receberam ordem de deter os prisioneiros e de “sepultar os mortos inimigos na selva, depois de sua identificação”; para isso, eram “fotografados e identificados por oficiais de informação e depois enterrados em lugares diferentes na selva”⁸³. No entanto, após uma “ampla e profunda operação de inteligência, planejada como preparativo da terceira e última investida de contrainsurgência”, houve uma mudança de estratégia das forças armadas. Em 1973, a “Presidência da República, encabeçada pelo general Médici, assumiu diretamente o controle sobre as operações repressivas [e] a ordem oficial passou a ser de eliminação” dos capturados⁸⁴.
90. No final de 1974, não havia mais guerrilheiros no Araguaia, e há informação de que seus corpos foram desenterrados e queimados ou atirados nos rios da região⁸⁵. Por outro lado, “[o] governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos do Araguaia [e p]roibiu a imprensa de divulgar notícias sobre o tema, enquanto o Exército negava a existência do movimento”⁸⁶.

3. Lei N.º. 9.140/95 e Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos

91. Em 4 de dezembro de 1995, foi promulgada a Lei N.º. 9.140/95, mediante a qual o Estado reconheceu sua responsabilidade pelo “assassinato de opositores políticos”, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979⁸⁷. Essa lei “reconheceu

81 Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, supra nota 67, folhas 5758, 5760 e 5761. Ver também, Ministério da Defesa. *Informações sobre a Guerrilha do Araguaia*, Escrito da União no trâmite da Ação Ordinária (expediente de mérito, tomo VII, folhas 3314 e 3315, 3342 a 3379).

82 Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, supra nota 67, folha 5759; *Informações sobre a Guerrilha do Araguaia*, supra nota 81, folhas 3332 e 3333, e 3336 a 3339. Igualmente, cf. declaração rendida perante agente dotado de fé pública do senhor Danilo Carneiro (expediente de mérito, tomo V, folha 2173), e testemunhos dos senhores José Genoíno Neto, Danilo Carneiro, Glênio Fernandes de Sá e Dower Moraes Cavalcante no marco da Ação Ordinária (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 9, folhas 50, 56, 58 e 60).

83 *Direito à Memória e à Verdade*, supra nota 67, folha 5762.

84 *Direito à Memória e à Verdade*, supra nota 67, folhas 5759 e 5761.

85 Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, supra nota 67, folha 5762. Ver também Grupo de Trabalho Tocantins, *Relatório sobre a 4ª Expedição de Trabalho de Campo (3ª fase)*, anexo R (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo I, folha 8104), e *Informações sobre a Guerrilha do Araguaia*, supra nota 81, folhas 3445 a 3452. *Direito à Memória e à Verdade*, supra nota 67, folha 5762.

86 *Direito à Memória e à Verdade*, supra nota 67, folha 5762.

87 Cf. Lei N.º. 9.140/95 de 4 de dezembro de 1995 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo I, anexo 1, folha 5567), e *Direito à Memória e à Verdade*, supra nota 67, folha 5582.

automaticamente 136 casos de desaparecidos, constantes num 'Dossiê' organizado por familiares e militantes de [d]ireitos [h]umanos ao longo de 25 anos de buscas"⁸⁸. Destes, 60 são supostas vítimas desaparecidas do presente caso que, junto com Maria Lúcia Petit da Silva, pessoa privada de sua vida nas operações militares contra a Guerrilha, constam no Anexo I da Lei⁸⁹.

92. Outrossim, a lei criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, que tem como uma de suas atribuições "realizar o reconhecimento das pessoas desaparecidas não incluídas no Anexo I da [referida] lei"⁹⁰. Desse modo, as solicitações de reconhecimento de pessoas desaparecidas, não incluídas no Anexo I da lei, deviam ser interpostas pelos familiares junto à mencionada Comissão Especial, juntamente com informações e documentos que permitissem comprovar o desaparecimento do seu familiar⁹¹.
93. A Lei Nº. 9.140/95 também determinou a possibilidade da concessão de uma reparação pecuniária aos familiares dos mortos e desaparecidos políticos, concedida no âmbito da Comissão Especial⁹². Até a data de emissão dessa Sentença, o Estado informou que pagou indenizações aos familiares de 58 desaparecidos da Guerrilha do Araguaia, indicados como supostas vítimas no presente caso, num total de R\$ 6.531.345,00 (seis milhões, quinhentos e trinta e um mil, trezentos e quarenta e cinco reais), equivalente a US\$ 3.772.000,00 (três milhões, setecentos e setenta e dois mil dólares dos Estados Unidos da América)⁹³.

4. Busca e identificação de restos mortais

94. Entre 1980 e 2006, foram realizadas, ao total, 13 expedições de busca à região do Araguaia por parte dos familiares das vítimas, da Comissão Especial, da Comissão Interministerial e do Ministério Público, entre outros.

88 *Direito à Memória e à Verdade, supra* nota 67, folhas 5582 e 6058 a 6061. Os 136 desaparecidos incluídos na Lei Nº. 9.140/95 estão identificados no seu Anexo I.

89 Lei Nº. 9.140/95, Anexo I, *supra* nota 87, folhas 5 a 15.

90 Lei Nº. 9.140/95, artigo 4.I.a, *supra* nota 87, folha 5567.

91 Lei Nº. 9.140/95, artigo 7, *supra* nota 87, folha 5567.

92 Lei Nº. 9.140/95, artigo 10 a 12, *supra* nota 87, folha 5568.

93 Os senhores Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho foram reconhecidos como vítimas de desaparecimento pela Lei Nº. 9.140/95, mas seus familiares, na solicitação à Comissão Especial, não pediram indenização. Por outro lado, os familiares dos senhores Francisco Manoel Chaves e Pedro Matias de Oliveira ("Pedro Carretel") não submeteram petições à Comissão Especial. Cf. *Tabela de indenizações pagas a familiares de mortos ou desaparecidos políticos da Guerrilha do Araguaia* (anexos às alegações finais do Estado, tomo I, anexo 19, folhas 9110 a 9115).

i. Buscas empreendidas pelos familiares

95. Em outubro de 1980, abril de 1991 e janeiro de 1993, os familiares das supostas vítimas empreenderam campanhas de busca de informação e dos restos mortais de seus familiares, nas quais recolheram depoimentos de habitantes da região e encontraram indícios de corpos enterrados em cemitérios clandestinos⁹⁴. Em abril de 1991, com o apoio da Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, os familiares realizaram escavações no cemitério de Xambioá, onde encontraram três restos mortais, dos quais foram exumados os de duas pessoas, “uma mulher, envolta em um paraquedas, e um homem de idade avançada”⁹⁵. Esses corpos encontrados em 1991 foram identificados como sendo os restos mortais de Maria Lúcia Petit da Silva e Bérqson Gurjão Farias, em 1996⁹⁶ e 2009⁹⁷, respectivamente. Por outro lado, um familiar do senhor Lourival Moura Paulino informou que seu corpo foi identificado no cemitério de Marabá, em 2008.

ii. Buscas empreendidas pela Comissão Especial

96. A Comissão Especial⁹⁸ realizou sua primeira missão, em maio de 1996, com o apoio da Equipe Argentina de Antropologia Forense⁹⁹, na qual não se realizaram escavações¹⁰⁰. Em seguida, entre junho e julho de 1996, a Comissão Especial e a Equipe Argentina de Antropologia Forense realizaram uma segunda missão, quando encontraram três restos mortais, mas apenas um apresentava características compatíveis com a busca¹⁰¹. Finalmente, em março de 2004, foi realizada outra missão, na qual tampouco se obtiveram resultados¹⁰².

94 Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folha 5763; declaração rendida pela senhora Schmidt de Almeida na audiência pública realizada em 20 de maio de 2010, e *Relatório de viagens ao lugar onde ocorreu a Guerrilha do Araguaia e histórico dos restos mortais encontrados* (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo III, anexo 20, folhas 6381 a 6386).

95 Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folha 5763, e declaração rendida pela senhora Schmidt de Almeida, *supra* nota 94. Os restos mortais da terceira pessoa foram exumados em 1996, na expedição da Comissão Especial, *supra* nota 94.

96 *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folha 5763, e declaração rendida pela senhora Schmidt de Almeida, *supra* nota 94. Sobre o reconhecimento da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cf. declaração rendida pela senhora Petit da Silva na audiência pública realizada em 20 de maio de 2010.

97 Os restos mortais de Bérqson Gurjão Farias foram identificados em 7 de julho de 2009, após a realização de testes de DNA mais avançados. Cf. *Relatório de viagem*, *supra* nota 94, folha 6385.

98 A Comissão Especial também tem competência para “envidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados”. Cf. Lei N°. 9.140/95, artigo 4.II, *supra* nota 87, folha 5567.

99 Cf. *Relatório de viagens*, *supra* nota 94, folhas 6381 a 6388; Relatório técnico da primeira visita da Equipe Argentina de Antropologia Forense realizada à região do Araguaia entre os dias 8 e 11 de maio de 1996 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folhas 2439 a 2449), e *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folhas 5607 e 5763.

100 Cf. *Relatório de viagens*, *supra* nota 94, folha 6382.

101 Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folha 5763; *Relatório de viagens*, *supra* nota 94, folha 6385, e declaração rendida pela senhora Schmidt de Almeida, *supra* nota 94. Também, cf. Relatório Técnico da 2ª Missão da Equipe Argentina de Antropologia Forense de 25 de julho de 1996 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folhas 2450 a 2458).

102 Cf. *Relatório de viagens*, *supra* nota 94, folha 6383. Igualmente, cf. Relatório da Equipe Argentina de Antropologia Forense sobre missão de 4 a 13 de março de 2004 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folhas 1435 a 1446).

iii. Buscas empreendidas por outros órgãos do Estado

97. Em julho de 2001, o Ministério Público Federal realizou uma missão à região do Araguaia, também com o apoio da Equipe Argentina de Antropologia Forense¹⁰³. Posteriormente, em outubro de 2001, com o apoio da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, a missão do Ministério Público Federal encontrou oito restos mortais, os quais ainda não foram identificados¹⁰⁴. O Ministério Público realizou outra viagem à região, em dezembro de 2001, sem produzir resultados concretos¹⁰⁵.

iv. Buscas empreendidas pela Comissão Interministerial

98. Em 2 de outubro de 2003, o Estado criou uma Comissão Interministerial, por meio do Decreto Nº. 4.850, para investigar as circunstâncias dos desaparecimentos ocorridos no marco da Guerrilha do Araguaia, com o propósito de obter informações que levassem à localização dos restos mortais de seus membros, sua identificação, traslado e sepultura, bem como a expedição das respectivas certidões de óbito¹⁰⁶. A Comissão Interministerial solicitou a colaboração das Forças Armadas, a fim de estabelecer “quem foi morto, onde foi enterrado e como isso ocorreu”¹⁰⁷. No entanto, as Forças Armadas alegaram “não possuir documento acerca do ocorrido na região do Araguaia entre 1972 e 1974” e afirmaram “que todos os documentos atinentes à repressão feita pelo regime militar à [Guerrilha do Araguaia] foram destruídos sob o respaldo das legislações vigentes em diferentes períodos”¹⁰⁸. A Comissão Interministerial concluiu suas atividades em março de 2007, após a realização de três expedições à região do Araguaia, sem encontrar restos mortais¹⁰⁹. Essas viagens ocorreram em duas oportunidades, uma em agosto de 2004, quando contou com a participação de peritos da Polícia Federal e o apoio das Forças Armadas e, em outra ocasião em dezembro de 2006¹¹⁰, com a participação

103 Esta missão foi resultado dos Inquéritos Cíveis Públicos Nºs. MPF/SP 103/2001, MPF/PA 0112001 e MPF/DF OS/2001. Ver Relatório de viagens, supra nota 94, folhas 6382 e 6383. Os restos mortais encontrados foram enviados a Brasília, mas não foram identificados. Em seu relatório de 2 de agosto de 2001, a Equipe Argentina de Antropologia Forense reiterou suas recomendações a respeito dos recursos humanos e logísticos necessários para as buscas futuras e enfatizou a importância de incluir o trabalho de campo e buscar testemunhas na região. Cf. Relatório da Equipe Argentina de Antropologia Forense de 2 de agosto de 2001 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, anexo 42, folhas 1429 a 1434).

104 Cf. Relatório de viagens, supra nota 94, folha 6386, e alegações finais escritas do Estado (expediente de mérito, tomo IX, folhas 4931 a 4933).

105 Cf. Relatório de viagens, supra nota 94, folhas 6382 e 6383.

106 Cf. Relatório da Comissão Interministerial criada pelo Decreto Nº. 4.850, de 2 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo I, anexo 1, folhas 5529 a 5531). A Comissão Interministerial era constituída por representantes dos Ministérios da Justiça, da Casa Civil, do Ministério da Defesa, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos e da Advocacia-Geral da União.

107 Relatório da Comissão Interministerial, supra nota 106, folha 5531.

108 Relatório da Comissão Interministerial, supra nota 106, folha 5531.

109 Cf. Relatório da Comissão Interministerial, supra nota 106, folhas 5527 a 5537.

110 Cf. Relatório de viagens, supra nota 94, folhas 6382 e 6383.

de peritos da Polícia Federal¹¹¹. No relatório final, datado de 8 de março de 2007¹¹², a Comissão Interministerial recomendou, *inter alia*: a) a “desclassificação de qualquer grau de sigilo sobre qualquer documento público relativo [à Guerrilha do Araguaia]”; b) a “revisão da legislação relativa ao tema de acesso e sigilo de informação e documentos públicos”; c) novas diligências de busca de restos mortais a serem conduzidas pela Comissão Especial; d) a criação de uma instância administrativa permanente, no Ministério da Defesa, para receber depoimentos e documentos sobre a localização dos restos mortais dos desaparecidos, e e) que “as Forças Armadas procedam [...] a [uma] ‘rigorosa investigação’ formal para construção de quadro preciso e detalhado das operações realizadas [contra a] [G]uerrilha, intimando e ouvindo formalmente os agentes ainda vivos”.

v. Banco de Dados Genéticos e Grupo de Trabalho Tocantins

99. A partir de setembro de 2006, o Estado deu início ao projeto de criação de um Banco de DNA, a fim de recolher amostras de sangue dos familiares e criar um perfil genético de cada desaparecido¹¹³. Desde então, foram recolhidas “142 amostras de sangue [de familiares] de 108 desaparecidos políticos”¹¹⁴.
100. Em 2009, mediante o Decreto N.º. 567 do Ministério da Defesa, o Estado criou o Grupo de Trabalho Tocantins, com a finalidade de coordenar e executar as atividades necessárias para a localização, reconhecimento e identificação dos corpos dos guerrilheiros e dos militares mortos durante a Guerrilha do Araguaia, em cumprimento da sentença da Ação Ordinária (*infra par.* 192)¹¹⁵. Esse grupo explorou 23 sítios na região do Araguaia¹¹⁶. O trabalho desse grupo é supervisionado por um Comitê Interinstitucional¹¹⁷ e, em abril de 2010, o prazo para cumprir suas atividades foi prorrogado por um ano¹¹⁸. Até o presente momento, o Tribunal não foi informado de que tenham sido encontrados outros restos mortais¹¹⁹.

111 Cf. *Relatório de viagens, supra nota 94*, folhas 6384 e 6385.

112 Cf. *Relatório da Comissão Interministerial, supra nota 106*, folha 5535 a 5537.

113 Cf. *Direito à Memória e à Verdade, supra nota 67*, folhas 5611 e 5612, e *Relatório da Comissão Interministerial, supra nota 106*, folha 5534.

114 Alegações finais escritas do Estado, *supra nota 104*, folha 4933.

115 Cf. *Resolução N.º. 567/MD do Ministério da Defesa de 29 de abril de 2009* (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo IV, anexo 29, folha 6390).

116 Cf. *Relatório Geral das atividades de campo de 2009 do Grupo de Trabalho Tocantins* (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo II, anexo 36, folhas 9488 e 9494).

117 Cf. *Decreto do Ministério da Defesa de 17 de julho de 2009* (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo IV, anexo 29, folhas 6703 a 6772), e alegações finais escritas do Estado, *supra nota 104*, folha 4951.

118 Cf. *Resolução N.º. 713 do Ministério da Defesa de 30 de abril de 2010* (expediente de anexos às *alegações finais escritas* do Estado, tomo II, anexo 21, folha 9123).

119 Cf. *Relatório Geral das atividades de campo de 2009, do Grupo de Trabalho Tocantins, supra nota 116*, folhas 9465 a 9572.

C. O DESAPARECIMENTO FORÇADO COMO VIOLAÇÃO MÚLTIPLA E CONTINUADA DE DIREITOS HUMANOS E OS DEVERES DE RESPEITO E GARANTIA

101. Este Tribunal considera adequado reiterar o fundamento jurídico que sustenta uma perspectiva integral sobre o desaparecimento forçado de pessoas, em virtude da pluralidade de condutas que, unidas por um único fim, violam de maneira permanente, enquanto subsistam, bens jurídicos protegidos pela Convenção¹²⁰.
102. A Corte nota que não é recente a atenção da comunidade internacional ao fenômeno do desaparecimento forçado de pessoas. O Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários de Pessoas das Nações Unidas elaborou, desde a década de 80, uma definição operacional do fenômeno, nela destacando a detenção ilegal por agentes, dependência governamental ou grupo organizado de particulares atuando em nome do Estado, ou contando com seu apoio, autorização ou consentimento¹²¹. Os elementos conceituais estabelecidos por esse Grupo de Trabalho foram retomados posteriormente nas definições de distintos instrumentos internacionais (*infra* par. 104).
103. Adicionalmente, no Direito Internacional, a jurisprudência deste Tribunal foi precursora da consolidação de uma perspectiva abrangente da gravidade e do caráter continuado ou permanente da figura do desaparecimento forçado de pessoas, na qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade. Em conformidade com todo o exposto, a Corte reiterou que o desaparecimento forçado constitui uma violação múltipla de vários direitos protegidos pela Convenção Americana, que coloca a vítima em um estado de completa desproteção e acarreta outras violações conexas, sendo especialmente grave quando faz parte de um padrão sistemático ou prática aplicada ou tolerada pelo Estado¹²².
104. A caracterização pluriofensiva, quanto aos direitos afetados, e continuada ou permanente do desaparecimento forçado se desprende da jurisprudência deste Tribunal, de maneira

120 Cf. *Caso Radilla Pacheco*, *supra* nota 24, par. 138, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 57.

121 Cf. *Caso Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, par. 82; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 58. Cf. também, Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, 37º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/1435, de 22 de janeiro de 1981, par. 4, e Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, 39º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/1983/14, de 21 de janeiro de 1983, pars. 130 a 132.

122 Cf. *Caso Anzualdo Castro versus Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C Nº. 202, par. 59; *Caso Radilla Pacheco*, *supra* nota 24, par. 139, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 59.

constante, desde seu primeiro caso contencioso há mais de vinte anos¹²³, inclusive com anterioridade à definição contida da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas¹²⁴. Essa caracterização resulta consistente com outras definições contidas em diferentes instrumentos internacionais¹²⁵, que salientam como elementos simultâneos e constitutivos do desaparecimento forçado: a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência e c) a negativa de reconhecer a detenção e revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa implicada¹²⁶. Em ocasiões anteriores, este Tribunal já salientou que, ademais, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos¹²⁷, as decisões de diferentes instâncias das Nações Unidas¹²⁸, bem como de vários tribunais constitucionais e outros altos tribunais nacionais dos Estados americanos¹²⁹, coincidem com a caracterização indicada¹³⁰.

105. A Corte verificou a consolidação internacional na análise desse crime, o qual configura uma grave violação de direitos humanos, dada a particular relevância das transgressões que

123 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, *supra* nota 25, par. 155; *Caso Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, pars. 81 e 87, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 60.

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

125 Cf. Artigo 2 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, U.N. Doc. A/RES/61/177, de 20 de dezembro de 2006; artigo 7, numeral 2, inciso i) do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julho de 1998, e Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários de Pessoas das Nações Unidas, Observação Geral sobre o artigo 4 da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados de 15 de janeiro de 1996. Relatório da Comissão de Direitos Humanos. U.N. Doc.E/CN.4/1996/38, par. 55.

126 Cf. *Caso Gómez Palomino versus Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C N°. 136, par. 97; *Caso Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, par. 85, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 60.

127 Cf. E.C.H.R., *Case of Kurt v. Turkey*, Application N°. 15/1997/799/1002, Judgment of 25 May 1998, paras. 124 a 128; E.C.H.R., *Case of Çakici v. Turkey*, Application N°. 23657/94, Judgment of 8 July 1999, paras. 104 a 106; E.C.H.R., *Case of Timurtas v. Turkey*, Application N°. 23531/94, Judgment of 13 June 2000, paras. 102 a 105; E.C.H.R., *Case of Tas v. Turkey*, Application N°. 24396/94, Judgment of 14 November 2000, paras. 84 a 87, e E.C.H.R., *Case of Cyprus v. Turkey*, Application N°. 25781/94, Judgment of 10 May 2001, paras. 132 a 134 e 147 a 148.

128 Cf. C.D.H., *Caso de Ivan Somers versus Hungría*, Comunicação N°. 566/1993, Decisão de 23 de julho de 1996, par. 6.3; C.D.H., *Caso de E. e A.K. versus Hungría*, Comunicação N°. 520/1992, Decisão de 5 de maio de 1994, par. 6.4, e C.D.H., *Caso de Solorzano versus Venezuela*, Comunicação N°. 156/1983, Decisão de 26 de março de 1986, par. 5.6.

129 Cf. Superior Tribunal de Justiça da República Bolivariana da Venezuela, *Caso Marco Antonio Monasterios Pérez*, sentença de 10 de agosto de 2007 (declarando a natureza pluriofensiva e permanente do delito de desaparecimento forçado); Suprema Corte de Justiça da Nação do México, *Tesis: P/J. 87/2004*, “Desaparecimento forçado de pessoas. O prazo para que opere a prescrição não se inicia até que apareça a vítima ou se determine seu destino” (afirmando que os desaparecimentos forçados são delitos permanentes e que se deve começar a calcular a prescrição a partir do momento em que cessa sua consumação); Câmara Penal da Corte Suprema do Chile, *Caso Caravana*, sentença de 20 de julho de 1999; Plenário da Corte Suprema do Chile, *Caso de desaforamento de Pinochet*, sentença de 8 de agosto de 2000; Tribunal de Apelações de Santiago, Chile, *Caso Sandoval*, sentença de 4 de janeiro de 2004 (todos declarando que o delito de desaparecimento forçado é contínuo, de lesa-humanidade, imprescritível e não anistiável); Câmara Federal de Apelações do Tribunal Penal e Correcional da Argentina, *Caso Videla e outros*, sentença de 9 de setembro de 1999 (declarando que os desaparecimentos forçados são delitos contínuos e de lesa-humanidade); Tribunal Constitucional da Bolívia, *Caso José Carlos Trujillo*, sentença de 12 de novembro de 2001; Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Castillo Páez*, sentença de 18 de março de 2004 (declarando, em virtude do ordenado pela Corte Interamericana, no mesmo caso, que o desaparecimento forçado é um delito permanente até que se determine o paradeiro da vítima), e Corte Suprema do Uruguai, *Caso Juan Carlos Blanco e Caso Gavasso e outros*, sentenças de 18 de outubro de 2002 e de 17 de abril de 2002, respectivamente.

130 Cf. *Caso Goiburú e outros versus Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C N°. 153, par. 83; *Caso Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, par. 85, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 60.

implica e a natureza dos direitos lesionados¹³¹. A prática de desaparecimentos forçados implica um crasso abandono dos princípios essenciais em que se fundamenta o Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹³² e sua proibição alcançou o caráter de *jus cogens*¹³³.

106. O dever de prevenção do Estado abrange todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos direitos humanos¹³⁴. Desse modo, a privação de liberdade em centros legalmente reconhecidos e a existência de registros de detidos constituem salvaguardas fundamentais, *inter alia*, contra o desaparecimento forçado. *A contrario sensu*, a implantação e a manutenção de centros clandestinos de detenção configuram *per se* uma falta à obrigação de garantia, por atentar diretamente contra os direitos à liberdade pessoal, à integridade pessoal, à vida¹³⁵ e à personalidade jurídica¹³⁶.
107. Pois bem, já que um dos objetivos do desaparecimento forçado é impedir o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes quando uma pessoa tenha sido submetida a sequestro, detenção ou qualquer forma de privação da liberdade, com o objetivo de ocasionar seu desaparecimento forçado, se a própria vítima não pode ter acesso aos recursos disponíveis, é fundamental que os familiares ou outras pessoas próximas possam aceder a procedimentos ou recursos judiciais rápidos e eficazes, como meio para determinar seu paradeiro ou sua condição de saúde, ou para individualizar a autoridade que ordenou a privação de liberdade ou a tornou efetiva¹³⁷.
108. Em definitivo, sempre que haja motivos razoáveis para suspeitar que uma pessoa foi submetida a desaparecimento forçado, deve-se iniciar uma investigação¹³⁸. Essa obrigação independe da apresentação de uma denúncia, pois, em casos de desaparecimento forçado, o Direito Internacional e o dever geral de garantia impõem a obrigação de investigar o caso *ex officio*, sem dilação, e de maneira séria, imparcial e efetiva. Trata-

131 Cf. *Caso Goiburú e outros*, supra nota 130, par. 83; *Caso Chitay Nech e outros*, supra nota 25, par. 85, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 60.

132 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras. Mérito*, supra nota 25, par. 158; *Caso Chitay Nech e outros*, supra nota 25, par. 86, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 61.

133 Cf. *Caso Goiburú e outros*, supra nota 130, par. 84; *Caso Chitay Nech e outros*, supra nota 25, par. 86; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 61.

134 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras. Mérito*, supra nota 25, par. 175; *Caso González e outras ("Campo Algodonero") versus México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº. 205, par. 252, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 63.

135 Cf. *Caso Anzualdo Castro versus Peru*, supra nota 122, par. 63, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 63.

136 Cf. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 63.

137 Cf. *Caso Anzualdo Castro*, supra nota 122, par. 64; *Caso Radilla Pacheco*, supra nota 24, par. 141, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 64.

138 Cf. *Caso Radilla Pacheco*, supra nota 24, par. 143; *Caso Chitay Nech e outros*, supra nota 25, par. 92; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 65.

- se de um elemento fundamental e condicionante para a proteção dos direitos afetados por essas situações¹³⁹. Em qualquer caso, toda autoridade estatal, funcionário público ou particular, que tenha tido notícia de atos destinados ao desaparecimento forçado de pessoas, deverá denunciá-lo imediatamente¹⁴⁰.
109. Para que uma investigação seja efetiva, os Estados devem estabelecer um marco normativo adequado para conduzir a investigação, o que implica regulamentar como delito autônomo, em suas legislações internas, o desaparecimento forçado de pessoas, posto que a persecução penal é um instrumento adequado para prevenir futuras violações de direitos humanos dessa natureza¹⁴¹. Outrossim, o Estado deve garantir que nenhum obstáculo normativo ou de outra índole impeça a investigação desses atos, e se for o caso, a punição dos responsáveis.
110. De todo o exposto, pode-se concluir que os atos que constituem o desaparecimento forçado têm caráter permanente e que suas consequências acarretam uma pluriofensividade aos direitos das pessoas reconhecidos na Convenção Americana, enquanto não se conheça o paradeiro da vítima ou se encontrem seus restos, motivo pelo qual os Estados têm o dever correlato de investigar e, eventualmente, punir os responsáveis, conforme as obrigações decorrentes da Convenção Americana¹⁴².
111. Nesse sentido, no presente caso, a análise do desaparecimento forçado deve abranger o conjunto dos fatos submetidos à consideração do Tribunal¹⁴³. Somente desse modo a análise jurídica desse fenômeno será consequente com a complexa violação de direitos humanos que ele implica¹⁴⁴, com seu caráter continuado ou permanente e com a necessidade de considerar o contexto em que ocorreram os fatos, a fim de analisar os efeitos prolongados no tempo e focalizar integralmente suas consequências¹⁴⁵, levando em conta o *corpus juris* de proteção, tanto interamericano como internacional¹⁴⁶.

139 Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello versus Colômbia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença* de 31 de janeiro de 2006. Série C N°. 140, par. 145; *Caso Chitay Nech e outros*, supra nota 25, par. 92, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 65.

140 Cf. *Caso Anzualdo Castro*, supra nota 122, par. 65; *Caso Chitay Nech e outros*, supra nota 25, par. 92, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 65.

141 Cf. *Caso Gómez Palomino*, supra nota 126, pars. 96 e 97; *Caso Radilla Pacheco*, supra nota 24, par. 144, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 66.

142 Cf. *Caso Radilla Pacheco*, supra nota 24, par. 145, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 67.

143 Cf. *Caso Heliodoro Portugal*, supra nota 23, par. 112; *Caso Chitay Nech e outros*, supra nota 25, par. 87, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 67.

144 Cf. *Caso Heliodoro Portugal*, supra nota 23, par. 150; *Caso Chitay Nech e outros*, supra nota 25, par. 87, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 68.

145 Cf. *Caso Goiburú e outros*, supra nota 130, par. 85; *Caso Chitay Nech e outros*, supra nota 25, par. 87, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 68.

146 Cf. *Caso Radilla Pacheco*, supra nota 24, par. 146, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 68.

D. O DESAPARECIMENTO FORÇADO DOS INTEGRANTES DA GUERRILHA DO ARAGUAIA

112. A Corte Interamericana observa que, no procedimento perante si, o Estado não controverteu nem reconheceu expressamente sua responsabilidade internacional pelo alegado desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha do Araguaia. No entanto, de maneira reiterada, o Brasil se referiu ao reconhecimento de responsabilidade interno e às diversas medidas de reparação adotadas a respeito das vítimas do regime militar, inclusive várias das supostas vítimas do presente caso.

113. Em particular, o Estado referiu-se à Lei N.º. 9.140/95, que, em seu artigo 1º, dispõe:

São reconhecidas como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas relacionadas no Anexo I desta Lei, por terem participado, ou terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e que, por esse motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícias¹⁴⁷.

114. O Brasil incluiu no Anexo I mencionado e, por conseguinte, considerou como vítimas desaparecidas 60 pessoas indicadas como supostas vítimas no presente caso¹⁴⁸. Os termos da Lei N.º. 9.140/95 não deixam dúvidas sobre a responsabilidade assumida pelo Estado com relação a esses desaparecimentos e sobre a reprovação atribuída a essa conduta, caracterizada como um ilícito da maior gravidade. Na exposição de motivos dessa norma, indica-se¹⁴⁹:

O reconhecimento pelo Estado dos desaparecidos e das pessoas que tenham falecido por causas não naturais [...] traduz o restabelecimento dos direitos fundamentais de tais pessoas e uma forma de reparação que [...] alcance a justiça que o Estado brasileiro deve a quem seus agentes tenham causado danos.

[...] a lista [de desaparecidos] arrola 136 pessoas que foram detidas por agentes [...] pertencentes aos vários braços do que se chamou sistema de segurança do regime

147 A Lei N.º. 10.536/2002 prorrogou o prazo previsto no artigo 1º da Lei N.º. 9140/95 até 5 de outubro de 1988.

148 No Anexo I da Lei N.º. 9.140/95, o Estado também reconheceu a senhora Maria Lúcia Petit da Silva como vítima de desaparecimento forçado, o que elevaria o número de membros da Guerrilha do Araguaia reconhecidos pelo Estado como vítimas de desaparecimento forçado para 61. Para efeitos desta *Sentença*, a Corte não considerará a senhora Petit da Silva como vítima de desaparecimento forçado, em virtude da regra de competência temporal do Tribunal (*supra* par. 16).

149 Exposição de Motivos N.º. MJ/352 da Lei N.º. 9.140/95, de 28 de agosto de 1995 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo I, anexo 6, folhas 5571 e 5572).

de exceção que o Brasil viveu e, a partir daí, delas nunca mais se teve qualquer notícia. Caracterizou-se, assim, um ilícito de gravidade máxima praticado por agentes públicos ou a serviço do poder público: deviam guardar quem tinham sob sua responsabilidade e não o fizeram.

115. Por outro lado, a lei mencionada criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos com a finalidade, entre outras, de localizar os restos das pessoas desaparecidas, reconhecê-las como vítimas e, conforme o caso, autorizar o pagamento de indenizações. A Comissão Especial, em seu relatório final, dedicou um capítulo aos fatos da Guerrilha do Araguaia e determinou como vítimas desses fatos 62 pessoas indicadas como supostas vítimas desaparecidas no presente caso¹⁵⁰.
116. Além disso, na audiência pública, o Brasil salientou que “reafirma sua responsabilidade pelas violações de direitos humanos ocorridas no trágico episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia”. Ademais, na tramitação do presente caso perante este Tribunal, de maneira reiterada, o Estado salientou que, mediante a Lei Nº. 9.140/95 e a Comissão Especial, reconheceu internamente sua responsabilidade pelas mortes e desaparecimentos forçados, *inter alia*, dos membros da Guerrilha do Araguaia¹⁵¹. Entre outras manifestações, o Estado afirmou expressamente que:

Por meio da aprovação da Lei Nº. 9.140/95, o Estado brasileiro promoveu o reconhecimento oficial de sua responsabilidade pelas mortes e desaparecimentos ocorridos durante o regime militar [...];

[A]lém [desse] reconhecimento explícito [...], em 29 de agosto de 2007, o Estado brasileiro lançou o livro-relatório “Direito à Memória e à Verdade – Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos” em ato público realizado no Palácio do Planalto, sede do Governo Federal, com a presença do presidente da República, de diversos ministros de Estado, de membros do Poder Legislativo e de familiares de vítimas do regime militar. Nesse evento, o presidente da República, em seu discurso,

150 Além das 60 supostas vítimas deste caso reconhecidas como vítimas na Lei Nº. 9.140/95, o Livro Direito à Memória e à Verdade, entre outros, reconheceu aos senhores Antônio Pedro Ferreira Pinto e Pedro Matias de Oliveira (ou “Pedro Carretel”) como vítimas de desaparecimento forçado durante a Guerrilha do Araguaia. Ambos são supostas vítimas no presente caso.

151 Cf. Expediente de mérito, tomo II, folhas 553 e 554. Igualmente, durante a tramitação perante a Comissão Interamericana, o Estado se manifestou em termos semelhantes ao afirmar que “[a] implementação da Lei nº. 9.140/95 significa que o governo brasileiro assumiu de fato a responsabilidade objetiva pelos ‘desaparecidos políticos’, o que inclui, evidentemente, o reconhecimento da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos. Com relação à responsabilidade penal desses agentes públicos, aplica-se a Lei Nº. 6.683, de 28 de agosto de 1979, a chamada ‘Lei de Anistia’” (escrito de fevereiro de 1997, expediente de anexos à demanda, anexo 3, tomo I, folha 1716). Adicionalmente, o Estado indicou que “[n]o plano da proteção internacional, o reconhecimento da responsabilidade pelo Estado é considerado relevante demonstração de boa-fé na observância dos princípios concernentes aos tratados internacionais sobre direitos humanos”. O Estado também solicitou à Comissão que considerasse “o reconhecimento das mortes, efetuado pela Lei [Nº.] 9.140/9[5], bem como da responsabilidade do Estado pelos atos praticados”. Cf. Escrito de observações a respeito das alegações adicionais dos representantes, de 7 de maio de 2007 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, folhas 2675 e 2677).

referiu-se ao reconhecimento de responsabilidade do Estado brasileiro frente à questão dos opositores que foram mortos.

[O Relatório da Comissão Especial] trouxe a versão oficial sobre as violações de direitos humanos, cometidas por agentes do Estado, reforçando o reconhecimento público da responsabilidade do Estado brasileiro¹⁵².

117. A Comissão Interamericana reconheceu “a boa-fé do Estado, ao admitir a ‘detenção arbitrária e a tortura das vítimas, e seu desaparecimento’, conforme a gravidade e o caráter continuado ou permanente do delito de desaparecimento forçado de pessoas e a política de extermínio aos opositores, que realizou o Estado, por meio de suas Forças Armadas, na região do Araguaia”. Por sua vez, os representantes solicitaram à Corte que tome nota do reconhecimento dos fatos e da aceitação da responsabilidade do Estado, e que os efeitos desses atos sejam incorporados à Sentença.
118. Com base no exposto, o Tribunal conclui que não há controvérsia quanto aos fatos do desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha do Araguaia, nem da responsabilidade estatal a esse respeito. No entanto, há uma diferença relacionada com o número de vítimas. A Comissão Interamericana afirmou que foram vítimas de desaparecimento forçado 70 pessoas, enquanto os representantes informaram que foram 69 pessoas¹⁵³. Por sua vez, o Estado, por meio da Lei Nº. 9.140/95, reconheceu sua responsabilidade pelo desaparecimento de 60 das supostas vítimas desaparecidas do presente caso¹⁵⁴ e, posteriormente, no Relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, reconheceu também como vítimas, entre outros, os senhores Antônio Ferreira Pinto e Pedro Matias de Oliveira (também conhecido como Pedro Carretel)¹⁵⁵, os quais são supostas vítimas no presente caso. Consequentemente, o número total de pessoas reconhecidas internamente pelo Brasil como vítimas desaparecidas da Guerrilha do Araguaia chega a 62 pessoas, dentre as 70 indicadas pela Comissão como vítimas de desaparecimento forçado perante este Tribunal.
119. Por outro lado, há oito pessoas indicadas como supostas vítimas desaparecidas pela Comissão Interamericana e pelos representantes que não foram reconhecidas

152 Escrito de contestação à demanda (expediente de mérito, tomo III, folhas 553 e 554).

153 Os representantes não consideraram o senhor Josias Gonçalves de Souza como suposta vítima de desaparecimento forçado no presente caso.

154 O Estado também reconheceu sua responsabilidade pelo desaparecimento forçado da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados posteriormente a esse reconhecimento. De tal maneira, a senhora Petit da Silva não é considerada desaparecida, mas executada extrajudicialmente (*supra* nota 148). Cf. Lei Nº. 9.140/95, Anexo I, *supra* nota 87, folhas 5 a 15.

155 Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folha 5766.

internamente pelo Estado como desaparecidas, nem na Lei Nº. 9.140/95, nem pela Comissão Especial. Essas pessoas seriam camponeses da região do Araguaia e identificar-se-iam como “Batista”, “Gabriel”, “Joaquinzão”, José de Oliveira, Josias Gonçalves de Souza, Juarez Rodrigues Coelho, Sabino Alves da Silva e “Sandoval”.

120. A Corte recorda que a Lei Nº. 9.140/95 estabeleceu um procedimento para que os familiares das vítimas pudessem solicitar o reconhecimento e a conseqüente indenização, por parte da Comissão Especial, do familiar desaparecido ou morto durante a ditadura militar¹⁵⁶. A respeito dos oito camponeses antes mencionados, durante os quinze anos de funcionamento da Comissão Especial, esta recebeu somente um pedido de reconhecimento de responsabilidade, referente a “Joaquinzão” (ou Joaquim de Souza). Em 31 de maio de 2005, a Comissão Especial recusou esse pedido, entre outras razões, em virtude de dúvidas sobre a identidade da suposta vítima¹⁵⁷. Por outro lado, não houve um pedido de reconhecimento perante a Comissão Especial por parte dos familiares dos demais camponeses antes mencionados. Por esse motivo, a Comissão Especial não se pronunciou sobre o caráter de vítimas, nem as incluiu na lista de pessoas reconhecidas como desaparecidas da Guerrilha do Araguaia¹⁵⁸. Nem a Comissão Interamericana, nem os representantes incorporaram provas sobre eles. O Tribunal não dispõe de informação a respeito da existência ou identidade de eventuais familiares dessas supostas vítimas. Com base no anterior, a Corte Interamericana não dispõe de elementos probatórios suficientes que permitam um pronunciamento a respeito das oito pessoas antes mencionadas e, por essa razão, estabelece um prazo de 24 meses, contados a partir da notificação desta Sentença, para que se aporte prova suficiente, em conformidade com a legislação interna, a respeito de “Batista”, “Gabriel”, “Joaquinzão”, José de Oliveira, Josias Gonçalves de Souza, Juarez Rodrigues Coelho, Sabino Alves da Silva e “Sandoval”, que permita ao Estado identificá-los e, se for o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei Nº. 9.140/95 e da presente Sentença, adotando as medidas reparatorias pertinentes a seu favor. Essa conclusão não impede nem preclui a possibilidade de que, vencido esse prazo e na hipótese de que sejam identificadas posteriormente, essas pessoas possam ser consideradas vítimas no Direito interno, se o Estado, de boa-fé, assim o dispuser e adotar medidas reparatorias em seu favor.

156 Cf. Lei Nº. 9.140/95, *supra* nota 87, artigo 7º.

157 Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folha 5830. Em suas alegações finais escritas, o Estado informou que o caso de “Joaquinzão” perante a Comissão Especial foi reaberto em 2009 e encontra-se novamente sob análise. Caso seja reconhecida sua condição de desaparecido, será concedida indenização aos familiares (expediente de mérito, tomo IX, folha 8632).

158 Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folhas 5821, 5822, 5828, 5833 e 5834.

121. A modo de conclusão, com base nas informações do Estado e nas considerações anteriores, o Tribunal encontra provado que, entre os anos 1972 e 1974, na região conhecida como Araguaia, agentes estatais foram responsáveis pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas identificadas como supostas vítimas do presente caso. Transcorridos mais de 38 anos, contados do início dos desaparecimentos forçados, somente foram identificados os restos mortais de duas delas¹⁵⁹. O Estado continua sem definir o paradeiro das 60 vítimas desaparecidas restantes, na medida em que, até a presente data, não ofereceu uma resposta determinante sobre seus destinos. A esse respeito, o Tribunal reitera que o desaparecimento forçado tem caráter permanente e persiste enquanto não se conheça o paradeiro da vítima ou se encontrem seus restos, de modo que se determine com certeza sua identidade¹⁶⁰.
122. Do mesmo modo, a Corte reitera que o desaparecimento forçado de pessoas constitui uma violação múltipla que se inicia com uma privação de liberdade contrária ao artigo 7 da Convenção Americana¹⁶¹. Como estabeleceu o Tribunal, a sujeição de pessoas detidas a órgãos oficiais de repressão, a agentes estatais ou a particulares que atuem com sua aquiescência ou tolerância, que impunemente pratiquem a tortura ou assassinato, representa, por si mesmo, uma infração ao dever de prevenção de violações dos direitos à integridade pessoal e à vida, estabelecidos nos artigos 5 e 4 da Convenção Americana, ainda na hipótese em que os atos de tortura ou de privação da vida dessas pessoas não possam ser demonstrados no caso concreto¹⁶². Por outro lado, desde seu primeiro caso contencioso¹⁶³, a Corte também afirmou que a prática de desaparecimento implicou, com frequência, a execução dos detidos, em segredo e sem fórmula de julgamento, seguida da ocultação do cadáver, com o objetivo de apagar toda pista material do crime e de procurar a impunidade dos que o cometeram, o que significa uma brutal violação do direito à vida, reconhecido no artigo 4 da Convenção. Esse fato, unido à falta de investigação do ocorrido, representa uma infração de um dever jurídico a cargo do Estado, estabelecido no artigo 1.1 da Convenção, em relação ao artigo 4.1 do mesmo instrumento, qual seja, o de garantir a toda pessoa sujeita a sua jurisdição a inviolabilidade da vida e o

159 As duas vítimas de desaparecimento forçado identificadas são Lourival Moura Paulino e Bérqson Gurjão Farias, respectivamente, nos anos 2008 e 2009. A terceira pessoa identificada, em 1996, foi a senhora Maria Lúcia Petit da Silva (*supra* notas 96, 148 e 154). Em relação à identificação do senhor Lourival Moura Paulino, em 2008, a Corte observa que somente os representantes prestaram essa informação. Não obstante, a Corte considerará o senhor Moura Paulino como vítima identificada para os efeitos desta Sentença.

160 Cf. *Caso La Cantuta versus Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença* de 29 de novembro de 2006. Série C N.º 162, par. 114; *Caso Heliodoro Portugal*, *supra* nota 23, par. 34, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolívia*, *supra* nota 24, par. 82.

161 Cf. *Caso Velázquez Rodríguez. Mérito*, *supra* nota 25, par. 155.

162 Cf. *Caso Velázquez Rodríguez. Mérito*, *supra* nota 25, par. 175; *Caso Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, par. 95, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 95.

163 Cf. *Caso Velázquez Rodríguez. Mérito*, *supra* nota 25, par. 157.

direito a não ser dela privado arbitrariamente¹⁶⁴. Finalmente, a Corte concluiu que o desaparecimento forçado também implica a vulneração do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, estabelecido no artigo 3 da Convenção Americana, uma vez que o desaparecimento busca não somente uma das mais graves formas de subtração de uma pessoa de todo o âmbito do ordenamento jurídico, mas também negar sua existência e deixá-la em uma espécie de limbo ou situação de indeterminação jurídica perante a sociedade e o Estado¹⁶⁵.

123. A Corte Interamericana destaca a gravidade dos fatos ocorridos entre 1969 e 1974, os quais se enquadram na “fase de repressão mais extremada [...] do regime militar no Brasil” (*supra* pars. 86 e 87). A esse respeito, em seu Relatório Final, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos caracterizou o período em que ocorreram os fatos do presente caso da seguinte maneira:

num clima de verdadeiro “terror de Estado”, o regime lançou [uma] ofensiva fulminante [contra] os grupos armados de oposição [...] em primeiro lugar, contra as organizações que agiam nas grandes capitais [...]. Entre 1972 e 1974, combateu e exterminou uma base guerrilheira que o [Partido Comunista do Brasil] mantinha em treinamento na região do Araguaia [...]¹⁶⁶.

124. Os desaparecimentos forçados afetaram especialmente os integrantes da Guerrilha do Araguaia, um dos “grupos políticos com maior número de militantes desaparecidos”¹⁶⁷, que representam a metade do total de desaparecidos políticos no Brasil¹⁶⁸.

125. Em consideração ao exposto anteriormente, a Corte Interamericana conclui que o Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos, respectivamente, nos artigos 3, 4, 5 e 7, em relação ao artigo 1.1, da Convenção Americana, em prejuízo das seguintes pessoas: Adriano Fonseca Fernandes Filho, André Grabois, Antônio Alfredo de Lima (ou Antônio Alfredo Campos), Antônio Carlos Monteiro Teixeira, Antônio de Pádua Costa,

164 Cf. *Caso Velázquez Rodríguez. Mérito*, *supra* nota 25, par. 188.

165 Cf. *Caso Anzualdo Castro*, *supra* nota 122, par. 90; *Caso Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, par. 98, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 98.

166 *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folha 5592.

167 *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folha 5614, 5761 e 5762. No mesmo sentido, ver Exposição de Motivos N°. MJ/352, *supra* nota 149.

168 Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folha 5798.

Antônio Ferreira Pinto, Antônio Guilherme Ribeiro Ribas, Antônio Teodoro de Castro, Arildo Aírton Valadão, Áurea Elisa Pereira Valadão, Bérqson Gurjão Farias, Cilon Cunha Brum, Ciro Flávio Salazar de Oliveira, Custódio Saraiva Neto, Daniel Ribeiro Callado, Dermeval da Silva Pereira, Dinaelza Santana Coqueiro, Dinalva Oliveira Teixeira, Divino Ferreira de Souza, Elmo Corrêa, Francisco Manoel Chaves, Gilberto Olímpio Maria, Guilherme Gomes Lund, Helenira Resende de Souza Nazareth, Hélio Luiz Navarro de Magalhães, Idalísio Soares Aranha Filho, Jaime Petit da Silva, Jana Moroni Barroso, João Carlos Haas Sobrinho, João Gualberto Calatrone, José Huberto Bronca, José Lima Piauhy Dourado, José Maurílio Patrício, José Toledo de Oliveira, Kleber Lemos da Silva, Líbero Giancarlo Castiglia, Lourival de Moura Paulino, Lúcia Maria de Souza, Lúcio Petit da Silva, Luiz René Silveira e Silva, Luiz Vieira de Almeida, Luíza Augusta Garlippe, Manuel José Nurchis, Marcos José de Lima, Maria Célia Corrêa, Maurício Grabois, Miguel Pereira dos Santos, Nelson Lima Piauhy Dourado, Orlando Momente, Osvaldo Orlando da Costa, Paulo Mendes Rodrigues, Paulo Roberto Pereira Marques, Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Rodolfo de Carvalho Troiano, Rosalindo Souza, Suely Yumiko Kanayama, Telma Regina Cordeiro Corrêa, Tobias Pereira Júnior, Uirassú de Assis Batista, Vandick Reidner Pereira Coqueiro e Walkíria Afonso Costa.

VIII. DIREITO ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS E O DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO

126. No presente caso, a responsabilidade estatal pelo desaparecimento forçado das vítimas não se encontra controvertida (*supra* pars. 116 e 118). No entanto, as partes discrepam a respeito das obrigações internacionais do Estado, decorrentes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, que, por sua vez, reconheceu a competência contenciosa deste Tribunal em 1998. Desse modo, a Corte Interamericana deve decidir, no presente caso, se a Lei de Anistia sancionada em 1979 é ou não compatível

com os direitos consagrados nos artigos 1.1, 2¹⁶⁹, 8.1¹⁷⁰ e 25¹⁷¹ da Convenção Americana ou, dito de outra maneira, se aquela pode manter seus efeitos jurídicos a respeito de graves violações de direitos humanos, uma vez que o Estado obrigou-se internacionalmente a partir da ratificação da Convenção Americana.

A. ALEGAÇÕES DAS PARTES

127. A Comissão Interamericana recordou que o Estado afirmou que a investigação e punição dos responsáveis pelos desaparecimentos forçados das vítimas e a execução de Maria Lúcia Petit da Silva estão impossibilitadas pela Lei de Anistia. Dada a interpretação que o Estado conferiu a essa norma, além da falta de investigação e sanção penal, nem os familiares das vítimas, nem a sociedade brasileira puderam conhecer a verdade sobre o ocorrido. A aplicação de leis de anistia a perpetradores de graves violações de direitos humanos é contrária às obrigações estabelecidas na Convenção e à jurisprudência da Corte Interamericana. Em casos de execução e desaparecimento forçado, os artigos 8 e 25 da Convenção estabelecem que os familiares das vítimas têm o direito a que essa morte ou desaparecimento sejam efetivamente investigados pelas autoridades estatais, que os responsáveis sejam processados e, se for o caso, punidos, e que se reparem os danos que os familiares tenham sofrido. Do mesmo modo, nenhuma lei ou norma de Direito interno, como as disposições de anistia, as regras de prescrição e outras excludentes de responsabilidade, pode impedir que um Estado cumpra essa obrigação, especialmente quando se trate de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade, como os desaparecimentos forçados do presente caso, pois esses crimes são inaniáveis e imprescritíveis. A obrigação de garantir os direitos protegidos pelos artigos 4, 5 e 7 da Convenção Americana implica o dever de investigar os fatos que afetaram esses direitos substantivos. Essa lei não deve continuar impedindo a investigação dos fatos. Isso posto, a Comissão considerou que o Estado incorreu na violação dos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana, em concordância com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em detrimento das 70 vítimas desaparecidas na Guerrilha do Araguaia e de seus familiares, bem como de Maria Lúcia Petit da Silva e de seus familiares.

169 O artigo 2 da Convenção Americana dispõe:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

170 O artigo 8.1 da Convenção Americana dispõe:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

171 O artigo 25.1 da Convenção Americana dispõe:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

128. Os representantes coincidiram com as alegações da Comissão sobre a obrigação de investigar e sancionar as violações de direitos humanos do presente caso. Embora os Estados tenham a obrigação de remover todos os obstáculos fáticos e jurídicos que possam dificultar o esclarecimento judicial exaustivo de violações à Convenção Americana, há, no presente caso, diversos obstáculos legais. Quanto à Lei de Anistia, a interpretação a ela conferida no âmbito interno é a que considera como “crimes conexos” todos aqueles cometidos pelos agentes do Estado, inclusive as graves violações de direitos humanos. Essa interpretação constitui o maior obstáculo à garantia do direito de acesso à justiça e do direito à verdade dos familiares dos desaparecidos, o que criou uma situação de total impunidade. Essa interpretação foi referendada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, o que torna maior o obstáculo que a lei representa para a investigação dos fatos, pelos efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* dessa decisão. Finalmente, salientaram a irrelevância do contexto de criação da Lei de Anistia para o Direito Internacional, pois consideraram que, na medida em ela impeça a persecução dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, será contrária às obrigações internacionais do Estado. A Lei de Anistia não foi o resultado de um processo de negociação equilibrada, já que seu conteúdo não contemplou as posições e necessidades reivindicadas por seus destinatários e respectivos familiares. Desse modo, atribuir, ao lema da campanha e aos familiares dos desaparecidos, o consentimento à anistia para os agentes repressores é deformar a história.
129. Por outro lado, os representantes indicaram que a prescrição é um segundo obstáculo legal à investigação dos fatos e à punição dos responsáveis, como o demonstram casos nos quais se aplicou essa figura a condutas delituosas ocorridas durante o regime militar. O terceiro obstáculo é a falta de tipificação do crime de desaparecimento forçado no Direito brasileiro, sobre o qual indicaram que: a) ao tratar-se de um delito de execução permanente, a proibição penal é aplicável enquanto se mantenha a conduta delituosa; b) a falta de tipificação desse crime no ordenamento jurídico brasileiro implica o descumprimento pelo Estado das disposições do artigo 2 da Convenção e impõe ao Estado a obrigação de aplicar o Direito Penal de forma compatível com suas obrigações convencionais, de modo a evitar que essas condutas permaneçam impunes e c) o princípio de legalidade não deve prejudicar o julgamento e a sanção dos atos que, no momento em que são cometidos, já constituíam delitos, segundo os princípios gerais de Direito reconhecidos pela comunidade internacional. Um quarto obstáculo legal é a intervenção da jurisdição militar, uma vez que no Direito interno existem antecedentes recentes que abrem a possibilidade para que isso ocorra, em violação das normas interamericanas e internacionais. Por tudo isso, concluíram que o Estado violou os artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado. Além disso, dado que o Estado não adotou medidas efetivas para evitar, prevenir e sancionar atos de

- tortura sofridos pelas pessoas desaparecidas, violou os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura.
130. O Estado solicitou à Corte que reconhecesse todas as ações empreendidas no âmbito interno e fez considerações sobre o processo de transição política e a evolução do tratamento do assunto, a partir das supostas demandas da sociedade brasileira. A concessão de anistia usualmente se justifica pela percepção de que a punição dos crimes contra os direitos humanos, depois de terminadas as hostilidades, pode chegar a representar um obstáculo ao processo de transição, perpetuando o clima de desconfiança e rivalidade entre os diversos grupos políticos nacionais, motivo pelo qual, em períodos como este, procuram-se meios alternativos à persecução penal para alcançar a reconciliação nacional, como forma de ajustar as necessidades de justiça e paz, tais como a reparação patrimonial das vítimas e de seus familiares e o estabelecimento de comissões da verdade. A Lei de Anistia foi aprovada nesse contexto específico de transição para a democracia e de necessidade de reconciliação nacional e, por isso, o Brasil pediu “cautela” em relação a que lhe apliquem soluções específicas adotadas pela Comissão e pela Corte a respeito de outros Estados. A propósito, destacou que a Lei de Anistia foi antecedida de um debate político e foi “considerada, por muitos, um passo importante para a reconciliação nacional”.
131. Com relação às alegações da Comissão e dos representantes sobre sua suposta obrigação de não aplicar as instituições de prescrição e irretroatividade da lei penal, o Brasil alegou que as únicas hipóteses constitucionais em que se admite a imprescritibilidade referem-se à prática de racismo e à ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. A Convenção Americana prevê, em seu artigo 9, o princípio de legalidade e irretroatividade, e a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas “estabelece, no artigo VII, expressamente, a prescrição desse tipo de crime”. Por outro lado, indicou que a tipificação dos crimes de lesa-humanidade ocorreu recentemente em 1998, com a aprovação do Estatuto de Roma, e salientou que o costume internacional não pode ser fonte criadora do Direito Penal, posto que não oferece segurança jurídica, como sim o faz uma lei em sentido estrito. O princípio de legalidade foi uma das principais conquistas no campo dos direitos humanos e, como tal, constitui uma cláusula pétrea da Constituição brasileira, que não pode ser abolida, nem mesmo por meio de emenda constitucional. Por essa razão, o Estado solicitou ao Tribunal que aplique esse princípio.
132. Adicionalmente, o Estado alegou que todos os direitos humanos devem ser igualmente garantidos e, por esse motivo, deve-se buscar harmonia entre os princípios e direitos

estabelecidos na Convenção Americana, com auxílio do princípio de proporcionalidade. No caso, apresenta-se uma aparente colisão entre o princípio de garantia de não repetição, do qual decorre a obrigação do Estado de promover a persecução penal dos perpetradores de crimes de lesa-humanidade, e o princípio de legalidade. Considerou que a melhor opção para salvaguardar ambos princípios em colisão é o pleno respeito ao artigo 9, e o respeito satisfatório ao artigo 1, ambos da Convenção Americana. A Corte, por conseguinte, deve considerar que as medidas já adotadas pelo Estado são suficientes, pois a opção contrária implicaria o completo desconhecimento do princípio de legalidade.

133. Finalmente, o Estado ressaltou, como característica distintiva da anistia brasileira, sua bilateralidade e reciprocidade, posto que não abrigou somente os agentes do Estado, mas, desde o princípio, teve por objetivo abarcar os dois lados do conflito político-ideológico. Ressaltou, também, que a restrição estabelecida no parágrafo 2º do artigo 1º da referida lei, que excetuava a aplicação de benefícios a respeito de determinadas condutas, não foi aplicada pela jurisprudência brasileira, argumentando que se criaria um tratamento desproporcional da anistia, dado que esta era geral e irrestrita. Para compreender o mérito da Lei de Anistia, é necessário ter presente que ela se insere em um amplo e paulatino processo de abertura política e de redemocratização do país.

B. FATOS RELACIONADOS COM A LEI DE ANISTIA

134. Em 28 de agosto de 1979, após ter sido aprovada pelo Congresso Nacional, foi sancionada a Lei Nº. 6.683/79, que concedeu anistia nos seguintes termos¹⁷²:

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 Legislativo 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.

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

135. Em virtude dessa lei, até esta data, o Estado não investigou, processou ou sancionou penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar, inclusive as do presente caso¹⁷³. Isso se deve a que “a interpretação [da Lei de Anistia] absolve automaticamente todas as violações de [d]ireitos [h]umanos que tenham sido perpetradas por agentes da repressão política”¹⁷⁴.
136. Em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal, por sete votos a dois¹⁷⁵, declarou a improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, e afirmou a vigência da Lei de Anistia e a constitucionalidade da interpretação do parágrafo 1º do seu artigo 1º (*supra* pars. 44 e 58). Essa decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante e contra ela não cabe nenhum recurso¹⁷⁶. Entre outros fundamentos, o voto do ministro relator destacou que a Lei de Anistia foi “uma lei-medida”¹⁷⁷, não uma regra para o futuro e, como tal, deve “interpretar-se em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual foi criada e não a realidade atual”. Nesse sentido, a Lei implementou “uma decisão política [do] momento da transição conciliada de 1979”, uma vez que “foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos”. A lei, efetivamente, incluiu na anistia os “agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar”¹⁷⁸. O acordo político realizado pela classe política, que possibilitou a transição para o Estado de Direito, “resultou em um texto de lei [e, portanto,] quem poderia revê-lo seria exclusivamente o Poder Legislativo. Ao Supremo Tribunal Federal não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias”. Finalmente, a respeito da

173 Cf. Relatório parcial de cumprimento das recomendações da Comissão Interamericana de março de 2009 (expediente da contestação à demanda, tomo I, anexo 4, folha 5548, 5551 e 5552); *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folhas 5593 e 5615, e Relatório de Mérito N.º 91/08, *supra* nota 4, folha 3625. Cf. também o depoimento prestado pelo senhor dos Santos Junior na audiência pública realizada em 20 de maio de 2010. Igualmente, cf. *supra* nota 151.

174 *Direito à Memória e à Verdade*, *supra* nota 67, folha 5595.

175 Voto do ministro relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º 153 decidida pelo Supremo Tribunal Federal (expediente de mérito, tomo VI, folhas 2598 a 2670); DVD com vídeos da sustentação oral (expediente de mérito, tomo VII, anexo 9, folhas 3885), e votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal (expediente de mérito, tomo VI, folhas 2577 a 2597 e 2671 a 2704, e tomo VII, anexo 8, folhas 3839 a 3884).

176 Cf. Lei N.º 9.882/99. Artigos 10 e 12. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>; último acesso em 20 de novembro de 2010. Igualmente, cf. declaração pericial do senhor Gilson Langaro Dipp prestada na audiência pública realizada em 21 de maio de 2010.

177 Segundo o relator, as leis-medida “disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. [...] As leis-medida configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico do pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material”. Voto do ministro relator, *supra* nota 175, folha 2641.

178 Segundo o relator, “o que caracteriza a anistia é a sua *objetividade*, o que importa em que esteja referida a um ou mais delitos, não a determinadas pessoas [...] A anistia é mesmo para ser concedida a pessoas indeterminadas”. Voto do ministro relator, *supra* nota 175, folha 2617.

recepção ou não da Lei N.º. 6.683/79 na nova ordem constitucional democrática, salientou que “a [L]ei [de Anistia] de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem [constitucional]. Constitui a origem da nova norma fundamental” e, portanto, “sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável¹⁷⁹.”

C. OBRIGAÇÃO DE INVESTIGAR E, SE FOR O CASO, PUNIR GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNACIONAL

137. Desde sua primeira sentença, esta Corte destacou a importância do dever estatal de investigar e punir as violações de direitos humanos¹⁸⁰. A obrigação de investigar e, se for o caso, julgar e punir, adquire particular importância ante a gravidade dos crimes cometidos e a natureza dos direitos ofendidos, especialmente em vista de que a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir aos responsáveis há muito alcançaram o caráter de *jus cogens*¹⁸¹.
138. O Tribunal reitera que a obrigação de investigar violações de direitos humanos encontra-se dentro das medidas positivas que os Estados devem adotar para garantir os direitos reconhecidos na Convenção¹⁸². O dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade, condenada de antemão a ser infrutífera, ou como mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas, de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios¹⁸³. À luz desse dever, uma vez que as autoridades estatais tenham conhecimento do fato, devem iniciar, *ex officio* e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva¹⁸⁴. Essa investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e deve estar orientada à determinação da verdade.
139. A Corte também salientou que, do artigo 8 da Convenção, infere-se que as vítimas de violações de direitos humanos ou seus familiares devem contar com amplas possibilidades

179 Voto do ministro relator, *supra* nota 175, folhas 2598 a 2670.

180 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, *supra* nota 25, par. 166.

181 Cf. *Caso Goiburú e outros*, *supra* nota 130, par. 84; *Caso Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, par. 193, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 197.

182 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, *supra* nota 25, pars. 166 e 176; *Caso Fernández Ortega e outros*, *supra* nota 53, par. 191, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, *supra* nota 45, par. 175.

183 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, *supra* nota 25, par. 177; *Caso Fernández Ortega e outros*, *supra* nota 53, par. 191, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, *supra* nota 45, par. 175.

184 Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 139, par. 143; *Caso Rosendo Cantú e outra*, *supra* nota 45, par. 175, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 65.

de ser ouvidos e atuar nos respectivos processos, tanto à procura do esclarecimento dos fatos e da punição dos responsáveis, como em busca de uma devida reparação. Outrossim, o Tribunal salientou que a obrigação de investigar e o respectivo direito da suposta vítima ou dos familiares não somente se depreendem das normas convencionais de Direito Internacional imperativas para os Estados-Parte, mas que, além disso, têm origem na legislação interna, que faz referência ao dever de investigar, de ofício, certas condutas ilícitas e às normas que permitem que as vítimas ou seus familiares denunciem ou apresentem queixas, provas, petições ou qualquer outra diligência, com a finalidade de participar processualmente da investigação penal, com a pretensão de estabelecer a verdade dos fatos¹⁸⁵.

140. Além disso, a obrigação, conforme o Direito Internacional, de processar e, caso se determine sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos decorre da obrigação de garantia, consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Essa obrigação implica o dever dos Estados-Parte de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos¹⁸⁶. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, caso seja possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos provocados pela violação dos direitos humanos¹⁸⁷. Se o aparato estatal age de modo que essa violação fique impune e não se restabelece, na medida das possibilidades, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que se descumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas a sua jurisdição o livre e pleno exercício de seus direitos¹⁸⁸.
141. A obrigação de investigar e, se for o caso, punir as graves violações de direitos humanos foi afirmada por todos os órgãos dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos. No sistema universal, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas estabeleceu, em seus primeiros casos, que os Estados têm o dever de investigar de

185 Cf. a título de exemplo, Código de Processo Penal:

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no artigo 31.

186 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, supra nota 25, par. 166; *Caso González e outras ("Campo Algodonero")* supra nota 134, par. 236, e *Caso do Massacre dos Dois Erres versus Guatemala, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C N°. 211, par. 234.

187 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, supra nota 25, par. 166; *Caso Ticona Estrada e outros versus Bolívia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C N°. 191, par. 78, e *Caso Garibaldi*, supra nota 18, par. 112.

188 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, supra nota 25, par. 176; *Caso Kawas Fernandez versus Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C N°. 196, par. 76, e *Caso González e outras ("Campo Algodonero")*, supra nota 139, par. 288.

boa-fé as violações ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁸⁹. Posteriormente, considerou, em sua jurisprudência reiterada, que a investigação penal e o consequente julgamento constituem medidas corretivas necessárias para violações de direitos humanos¹⁹⁰. Particularmente, em casos de desaparecimentos forçados, o Comitê concluiu que os Estados devem estabelecer o que ocorreu com as vítimas desaparecidas e levar à justiça as pessoas por eles responsáveis¹⁹¹.

142. No mesmo sentido se pronunciou o Comitê contra a Tortura das Nações Unidas, para o qual, ante a suspeita de atos de tortura contra alguma pessoa, os Estados devem proceder uma investigação, de forma imediata e imparcial, levada a cabo pelas autoridades competentes¹⁹².
143. A antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas reconheceu que exigir responsabilidade dos autores de violações graves dos direitos humanos é um dos elementos essenciais de toda reparação eficaz para as vítimas e “um fator fundamental para garantir um sistema de justiça justo e equitativo e, em definitivo, promover uma reconciliação e uma estabilidade justas em todas as sociedades, inclusive nas que se encontram em situação de conflito ou pós-conflito, e pertinente no contexto dos processos de transição”¹⁹³.
144. Diversos relatores especiais das Nações Unidas indicaram que a obrigação de respeitar e fazer respeitar as normas internacionais de direitos humanos inclui o dever de adotar medidas para prevenir as violações, bem como o dever de investigá-las e, quando seja procedente, adotar medidas contra os autores dessas violações¹⁹⁴.

189 Cf. C.D.H., *Caso Larrosa versus Uruguai*. Comunicação 88/1981, Decisão de 25 de março de 1983, par. 11.5, e C.D.H., *Caso Gilboa versus Uruguai*. Comunicação 147/1983, Decisão de 1 de novembro de 1985, par. 7.2.

190 Cf. C.D.H., *Caso Sathasivam versus Sri Lanka*. Comunicação N.º. 1436/2005, Decisão de 8 de julho de 2008, par. 6.4; C.D.H., *Caso Amirov versus Federação Russa*. Comunicação N.º. 1447/2006, Decisão de 2 de abril de 2009, par. 11.2, e C.D.H., *Caso Felipe e Evelyn Pestaño versus Filipinas*. Comunicação N.º. 1619/2007, Decisão de 23 de março de 2010, par. 7.2.

191 Cf. C.D.H., *Caso Bleier versus Uruguai*. Comunicação N.º. 37/1978, Decisão de 29 de março de 1982, par. 15; C.D.H., *Caso Dermitt versus Uruguai*. Comunicação N.º. 84/1981, Decisão de 21 de outubro de 1982, pars. 9.6 e 11.a, e C.D.H., *Caso Quinteros versus Uruguai*. Comunicação N.º. 107/1981, Decisão de 25 de março de 1983, pars. 15 e 16.

192 Cf. C.A.T., *Caso Qani Halimi-Nedzibi versus Áustria*. Comunicação N.º. 8/1991, Decisão de 30 de novembro de 1993, par. 13.5; C.A.T., *Caso Saadia Ali versus Tunísia*. Comunicação N.º. 291/2006, Decisão de 21 de novembro de 2008, par. 15.7, e C.A.T., *Caso Besim Osmani versus República da Sérvia*. Comunicação N.º. 261/2005, Decisão de 8 maio de 2009, par. 10.7.

193 Cf. Comissão de Direitos Humanos. *Impunidade*. Resolução 2005/81, 61º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2005/81, de 21 de abril de 2005. No mesmo sentido, ver também, Comissão de Direitos Humanos. *Impunidade*. Resoluções: 2004/72, 60º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2004/72, de 21 de abril de 2004; 2003/72, 59º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2003/72, de 25 de abril de 2003; 2002/79, 58º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2002/79, de 25 de abril de 2002; 2001/70, 57º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2001/70, de 25 de abril de 2001; 2000/68, 56º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2000/68, de 27 de abril de 2000, e 1999/34, 55º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1999/34, de 26 de abril de 1999 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

194 Cf. Relatório final apresentado pelo relator Cherif Bassiouni. *Os direitos civis e políticos, em especial as questões relacionadas com a independência do Poder Judiciário, a administração de justiça e a impunidade*. O direito de restituição, indenização e reabilitação das vítimas de violações graves dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, apresentado em virtude da resolução 1999/33 da Comissão de Direitos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/2000/62, 18 de janeiro de 2000, Anexo: Princípios e Diretrizes Básicos sobre o direito das vítimas de violações das normas internacionais de direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário a interpor recursos e obter reparações, Princípio 3, p. 7. Cf. também, Relatório final de Diane Orentlicher, Especialista independente encarregada de atualizar o conjunto de princípios para lutar contra a impunidade. *Conjunto de princípios atualizados para a proteção e promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade*, Comissão de Direitos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de fevereiro de 2005, Princípio 1, p. 7.

145. Por sua vez, no Sistema Europeu, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que, em casos de violações do direito à vida ou à integridade pessoal, a noção de um “recurso efetivo” implica, além do pagamento de uma compensação, quando proceda, e sem prejuízo de qualquer outro recurso disponível no sistema nacional, a obrigação do Estado demandado de levar a cabo uma investigação exaustiva e eficaz, capaz de conduzir à identificação e à punição dos responsáveis, bem como ao acesso efetivo do demandante ao procedimento de investigação¹⁹⁵.
146. De igual modo, no Sistema Africano, a Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos sustentou que a concessão de total e completa imunidade contra o processamento e julgamento de violações de direitos humanos e a falta de adoção de medidas que garantam que os autores dessas violações sejam punidos e que as vítimas sejam devidamente compensadas não apenas impedem que as últimas obtenham reparação dessas violações, negando-lhes, com isso, seu direito a um recurso efetivo, mas promovem a impunidade e constituem uma violação das obrigações internacionais dos Estados¹⁹⁶.

D. INCOMPATIBILIDADE DAS ANISTIAS RELATIVAS A GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS COM O DIREITO INTERNACIONAL

147. As anistias ou figuras análogas foram um dos obstáculos alegados por alguns Estados para investigar e, quando fosse o caso, punir os responsáveis por violações graves aos direitos humanos¹⁹⁷. Este Tribunal, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os órgãos das Nações Unidas e outros organismos universais e regionais de proteção dos direitos humanos pronunciaram-se sobre a incompatibilidade das leis de anistia, relativas a graves violações de direitos humanos, com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados.
148. Conforme já fora antecipado, este Tribunal pronunciou-se sobre a incompatibilidade das anistias com a Convenção Americana em casos de graves violações dos direitos humanos relativos ao Peru (*Barrios Altos e La Cantuta*) e Chile (*Almonacid Arellano e outros*).

¹⁹⁵ Cf. E.C.H.R., *Case of Aksoy v. Turkey*. Application N°. 21987/93, Judgment of 18 December 1996, para 98; E.C.H.R., *Case of Aydin v. Turkey*. Application N°. 23178/94, Judgment of 25 September 1997, para 103; E.C.H.R., *Case of Selçuk and Asker v. Turkey*. Applications N°. 23184/94 and 23185/94, Judgment of 24 April 1998, para 96, e E.C.H.R., *Case of Keenan v. United Kingdom*. Application N°. 27229/95, Judgment of 3 April 2001, para 123.

¹⁹⁶ Cf. A.C.H.P.R., *Case of Mouvement Ivoirien des Droits Humains (MIDH) v. Côte d'Ivoire*, Communication N°. 246/2002, Decision of July 2008, paras. 97 and 98.

¹⁹⁷ No presente caso, o Tribunal utiliza de maneira genérica o termo “anistias” para referir-se a normas que, independentemente de sua denominação, perseguem a mesma finalidade.

149. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte por decisão soberana, são reiterados os pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, quando se trata de graves violações dos direitos humanos. Além das mencionadas decisões deste Tribunal, a Comissão Interamericana concluiu, no presente caso e em outros relativos à Argentina¹⁹⁸, Chile¹⁹⁹, El Salvador²⁰⁰, Haiti²⁰¹, Peru²⁰² e Uruguai²⁰³, sua contrariedade com o Direito Internacional. A Comissão também recordou que:

se pronunciou em um número de casos-chave, nos quais teve a oportunidade de expressar seu ponto de vista e cristalizar sua doutrina em matéria de aplicação de leis de anistia, estabelecendo que essas leis violam diversas disposições, tanto da Declaração Americana como da Convenção. Essas decisões, coincidentes com o critério de outros órgãos internacionais de direitos humanos a respeito das anistias, declararam, de maneira uniforme, que tanto as leis de anistia como as medidas legislativas comparáveis, que impedem ou dão por concluída a investigação e o julgamento de agentes de [um] Estado que possam ser responsáveis por sérias violações da Convenção ou da Declaração Americana, violam múltiplas disposições desses instrumentos²⁰⁴.

150. No âmbito universal, em seu Relatório ao Conselho de Segurança, intitulado “*O Estado de Direito e a justiça de transição nas sociedades que sofrem ou sofreram conflitos*”, o Secretário-Geral das Nações Unidas salientou que:

[...] os acordos de paz aprovados pelas Nações Unidas nunca pod[em] prometer anistias por crimes de genocídio, de guerra, ou de lesa-humanidade, ou por infrações graves dos direitos humanos [...]²⁰⁵.

198 Cf. CIDH. Relatório N.º. 28/92, Casos 10.147; 10.181; 10.240; 10.262; 10.309, e 10.311. Argentina, de 2 de outubro de 1992, pars. 40 e 41.

199 Cf. CIDH. Relatório N.º. 34/96, Casos 11.228; 11.229; 11.231, e 11.282. Chile, 15 de outubro de 1996, par. 70, e CIDH. Relatório N.º. 36/96. Chile, 15 de outubro de 1996, par. 71.

200 Cf. CIDH. Relatório N.º. 1/99, Caso 10.480. El Salvador, de 27 de janeiro de 1999, pars. 107 e 121

201 Cf. CIDH. Relatório N.º. 8/00, Caso 11.378. Haiti, de 24 de fevereiro de 2000, pars. 35 e 36.

202 Cf. CIDH. Relatório N.º. 20/99, Caso 11.317. Peru, de 23 de fevereiro de 1999, pars. 159 e 160; CIDH. Relatório N.º. 55/99, Casos 10.815; 10.905; 10.981; 10.995; 11.042 e 11.136. Peru, 13 de abril de 1999, par. 140; CIDH. Relatório N.º. 44/00, Caso 10.820. Peru, 13 de abril de 2000, par. 68, e CIDH. Relatório N.º. 47/00, Caso 10.908. Peru, 13 de abril de 2000, par. 76.

203 Cf. CIDH. Relatório N.º. 29/92. Casos 10.029, 10.036 e 10.145. Uruguai. 2 de outubro de 1992, pars. 50 e 51.

204 CIDH. Relatório N.º. 44/00, Caso 10.820. Peru, 13 de abril de 2000, par. 68, e CIDH. Relatório N.º. 47/00, Caso 10.908. Peru, 13 de abril de 2000, par. 76. No mesmo sentido, cf. CIDH. Relatório N.º. 55/99, Casos 10.815; 10.905; 10.981; 10.995; 11.042, e 11.136. Peru, 13 de abril de 1999, par. 140 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

205 Relatório do secretário-geral ao Conselho de Segurança das Nações Unidas. *O Estado de Direito e a justiça de transição nas sociedades que sofrem ou sofreram conflitos*. U.N. Doc. S/2004/616, 3 de agosto de 2004, par. 10 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

151. Nesse mesmo sentido, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos concluiu que as anistias e outras medidas análogas contribuem para a impunidade e constituem um obstáculo para o direito à verdade, ao opor-se a uma investigação aprofundada dos fatos²⁰⁶, e são, portanto, incompatíveis com as obrigações que cabem aos Estados, em virtude de diversas fontes de Direito Internacional²⁰⁷. Mais ainda, quanto ao falso dilema entre paz ou reconciliação, por um lado, e justiça, por outro, declarou que:

[a]s anistias que eximem de sanção penal os responsáveis por crimes atrozes, na esperança de garantir a paz, costumam fracassar na consecução de seu objetivo e, em vez disso, incentivaram seus beneficiários a cometer novos crimes. Ao contrário, celebraram-se acordos de paz sem disposições relativas à anistia, em algumas situações em que se havia dito que a anistia era uma condição necessária para a paz, e em que muitos temiam que os julgamentos prolongassem o conflito²⁰⁸.

152. Em consonância com o anteriormente exposto, o relator especial das Nações Unidas sobre a Questão da Impunidade destacou que:

[o]s autores de violações não poderão beneficiar-se da anistia, enquanto as vítimas não tenham obtido justiça, mediante um recurso efetivo. Juridicamente, carecerá de efeito com respeito às ações das vítimas vinculadas ao direito a reparação²⁰⁹.

153. Do mesmo modo, a Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, enfatizou, na sua Declaração e Programa de Ação, que os Estados “devem revogar a legislação que favoreça a impunidade dos responsáveis por violações graves de direitos humanos [...] e castigar os violadores”, destacando que, em casos de desaparecimentos forçados, os Estados estão obrigados, em primeiro lugar, a impedi-los e, uma vez que tenham ocorrido, a julgar os autores dos fatos²¹⁰.

206 Cf. Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, *O direito à verdade*. UN Doc. A/HRC/5/7, de 7 de junho de 2007, par. 20.

207 Cf. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Instrumentos do Estado de Direito para sociedades que saíram de um conflito. Anistias*. HR/PUB/09/1, Publicação das Nações Unidas, Nova York e Genebra, 2009, p. V.

208 Cf. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Instrumentos do Estado de Direito para sociedades que saíram de um conflito*, *supra* nota 207, p. V (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

209 Relatório final revisado acerca da questão da impunidade dos autores de violações dos direitos humanos (direitos civis e políticos) elaborado por M. Louis Joinet, em conformidade com a decisão 1996/119 da Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção das Minorias, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev1, de 2 de outubro de 1997, par. 32 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

210 Conferência Mundial de Direitos Humanos, *Declaração e Programa de Ação de Viena*. U.N. Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julho de 1993, Programa de Ação, pars. 60 e 62.

154. Por sua vez, o Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas analisou, em diferentes ocasiões, o tema das anistias em casos de desaparecimentos forçados. Em sua Observação Geral sobre o artigo 18 da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, salientou que se considera que uma lei de anistia é contrária às disposições da Declaração, inclusive quando tenha sido aprovada em referendo ou procedimento de consulta similar, se, direta ou indiretamente, em razão de sua aplicação ou implementação, cesse a obrigação de um Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelos desaparecimentos, ou quando oculte o nome daqueles que perpetraram tais violações ou se exonere seus autores de responsabilidade²¹¹.

155. Adicionalmente, o mesmo Grupo de Trabalho manifestou sua preocupação quanto a que, em situações pós-conflito, se promulguem leis de anistia ou se adotem outras medidas que tenham como efeito a impunidade²¹², e lembrou aos Estados que:

é fundamental adotar medidas efetivas de prevenção, para que não haja desaparecimentos. Entre elas, destacam-se [...] a instauração de processo contra todas as pessoas acusadas de cometer atos de desaparecimento forçado, a garantia de que sejam processadas em tribunais civis competentes e que não se dê acolhida a nenhuma lei especial de anistia ou a medidas análogas que possam eximi-las de ações ou sanções penais e da concessão de reparação e indenização adequada às vítimas e seus familiares²¹³.

156. Também no âmbito universal, os órgãos de proteção de direitos humanos criados por tratados mantiveram o mesmo critério sobre a proibição das anistias que impeçam a investigação e a punição dos que cometam graves violações dos direitos humanos. O Comitê de Direitos Humanos, em sua Observação Geral 31, manifestou que os Estados devem assegurar-se de que os culpados de infrações reconhecidas como crimes no Direito Internacional ou na legislação nacional, entre eles a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, as privações de vida sumárias e arbitrárias e os desaparecimentos forçados, compareçam perante a Justiça e não tentem eximir os autores da responsabilidade jurídica, como ocorreu com certas anistias²¹⁴.

211 Cf. Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas. Observação Geral sobre o artigo 18 da Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados. Relatório apresentado no 62º período de sessões da Comissão de Direitos Humanos. U.N. Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de dezembro de 2005, par. 2, alíneas a, c e d.

212 Cf. Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas, *supra* nota 211, par. 23.

213 Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas. Relatório, *supra* nota 211, par. 599. No mesmo sentido, cf. Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas. Relatório ao Conselho de Direitos Humanos, 4º período de sessões. U.N. Doc. A/HRC/4/41, de 25 de janeiro de 2007, par. 500 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

214 Cf. C.D.H., *Observação Geral 31: Natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto*. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de maio de 2004, par. 18. Essa Observação Geral aplicou o conteúdo da observação número 20, referente somente a atos de tortura, a outras graves violações dos direitos humanos. A esse respeito, também cf. C.D.H., *Observação Geral 20: Substitui a observação geral 7, proibição da tortura e dos tratamentos ou penas cruéis (art. 7)*. U.N. Doc. A/47/40(SUPP) Anexo VI, A, de 10 de março de 1992, par. 15.

157. O Comitê de Direitos Humanos também se pronunciou a respeito no procedimento de petições individuais e nos relatórios sobre os países. No *Caso Hugo Rodríguez versus Uruguai*, salientou que não pode aceitar a postura de um Estado de não estar obrigado a investigar violações de direitos humanos cometidas durante um regime anterior, em virtude de uma lei de anistia, e reafirmou que as anistias para violações graves de direitos humanos são incompatíveis com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, indicando que elas contribuem para criar uma atmosfera de impunidade que pode socavar a ordem democrática e dar lugar a outras graves violações de direitos humanos²¹⁵.
158. Por sua vez, o Comitê contra a Tortura também afirmou que anistias que impeçam a investigação de atos de tortura, bem como o julgamento e a eventual sanção dos responsáveis, violam a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes²¹⁶.
159. Igualmente no âmbito universal, ainda que em outro ramo do Direito Internacional, como é o Direito Penal Internacional, as anistias ou normas análogas também foram consideradas inadmissíveis. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, em um caso relativo à tortura, considerou que careceria de sentido, por um lado, manter a proscrição das violações graves dos direitos humanos e, por outro, aprovar medidas estatais que as autorizem ou perdoem, ou leis de anistia que absolvam seus perpetradores²¹⁷. No mesmo sentido, o Tribunal Especial para Serra Leoa considerou que as leis de anistia desse país não são aplicáveis a graves crimes internacionais²¹⁸. Essa tendência universal se viu consolidada mediante a incorporação do parâmetro mencionado na elaboração dos estatutos dos tribunais especiais de mais recente criação no âmbito das Nações Unidas. Nesse sentido, tanto os Acordos das Nações Unidas com a República do Líbano e com o Reino de Camboja, como os Estatutos que criam o Tribunal Especial para o Líbano, o Tribunal Especial para Serra Leoa e as Salas Extraordinárias das Cortes de Camboja, incluíram em seus textos cláusulas que

215 Cf. C.D.H., *Caso Hugo Rodríguez versus Uruguai*, Comunicação N.º 322/1988, UN Doc. CCPR/C/51/D/322/1988, Decisão de 9 de agosto de 1994, pars. 12.3 e 12.4. A Comissão também reiterou sua postura ao formular observações finais sobre os relatórios apresentados pelos Estados-Partes no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em que salientou que as anistias contribuem para criar “uma atmosfera de impunidade” e afetam o Estado de Direito. Igualmente cf. C.D.H. Observações finais a respeito do exame dos relatórios apresentados pelos Estados-Partes, em virtude do artigo 40 do Pacto, sobre os seguintes Estados: Peru, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.67, de 25 de julho de 1996, par. 9, e, em similar sentido, Iêmen, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.51, de 3 de outubro de 1995, inciso 4, par. 3; Paraguai, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.48, de 3 de outubro de 1995, inciso 3, par. 5, e Haiti, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.49, de 3 de outubro de 1995, inciso 4, par. 2 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

216 Cf. C.A.T., Observação Geral 2: Aplicação do artigo 2 por os Estados-Partes, U.N. Doc. CAT/C/GC/2, 24 de janeiro de 2008, par. 15, e C.A.T., *Observações finais a respeito do exame dos relatórios apresentados pelos Estados-Partes, em virtude do artigo 19 da Convenção*, sobre os seguintes Estados: Benin, U.N. Doc. CAT/C/BEN/CO/2, 19 de fevereiro de 2008, par. 9, e ex-República Iugoslava da Macedônia, U.N. Doc. CAT/C/MKD/CO/2, 21 de maio de 2008, par. 5.

217 Cf. I.C.T.Y., *Case of Prosecutor v. Furundžija*. Judgment of 10 December 1998. Case N.º. IT-95-17/1-T, para. 155.

218 Cf. S.C.S.L., *Case of Prosecutor v. Gbao*, Decision N.º. SCSL-04-15-PT-141, Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court, 25 May 2004, para. 10; S.C.S.L., *Case of Prosecutor v. Sesay, Callon and Gbao*, Case N.º. SCSL-04-15-T, Judgment of the Trial Chamber, 2 March 2009, para. 54, e S.C.S.L., *Case of Prosecutor v. Sesay, Callon and Gbao*, Case N.º. SCSL-04-15-T, Trial Chamber, Sentencing Judgment, 8 April 2009, para. 253.

ressaltam que as anistias que sejam concedidas não constituirão um impedimento para o processamento das pessoas responsáveis pelos delitos que se encontrem dentro da competência desses tribunais²¹⁹.

160. A contrariedade das anistias relativas a violações graves de direitos humanos com o Direito Internacional foi afirmada também pelos tribunais e órgãos de todos os sistemas regionais de proteção de direitos humanos.
161. No Sistema Europeu, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que é da maior importância, para efeitos de um recurso efetivo, que os processos penais referentes a crimes, como a tortura, que impliquem violações graves de direitos humanos, não sejam prescritíveis, nem passíveis de concessão de anistias ou perdões a respeito²²⁰.
162. No Sistema Africano, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos considerou que as leis de anistia não podem isentar o Estado que as adota do cumprimento das obrigações internacionais²²¹ e salientou, ademais, que, ao proibir o julgamento de autores de violações graves de direitos humanos, mediante a concessão de anistia, os Estados não só promoviam a impunidade, mas também eliminavam a possibilidade de que esses abusos fossem investigados e que as vítimas desses crimes dispusessem de um recurso efetivo para obter reparação²²².
163. Do mesmo modo, diversos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, por meio de seus mais altos tribunais de justiça, incorporaram os parâmetros mencionados, observando de boa-fé suas obrigações internacionais. A Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina resolveu, no Caso Simón, declarar sem efeitos as leis de anistia que constituíam nesse país um obstáculo normativo para a investigação, julgamento e eventual condenação de fatos que implicavam violações dos direitos humanos²²³:

219 Cf. Acordo entre as Nações Unidas e a República Libanesa relativo ao estabelecimento de um Tribunal Especial para o Líbano, artigo 16 e Estatuto do Tribunal Especial para o Líbano, artigo 6, Resolução 1757 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. U.N. Doc. S/RES/1757, de 30 de maio de 2007; Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa, de 16 de janeiro de 2002, artigo 10; Acordo entre as Nações Unidas e o Governo Real do Camboja para o Processamento sob a Lei Cambojana dos Crimes cometidos durante o Período do Kampuchea Democrático, de 6 de março de 2003, artigo 11, e Lei sobre o estabelecimento das Salas Extraordinárias nos Tribunais do Camboja para o Processamento de Crimes Cometidos durante o Período do Kampuchea Democrático, com emendas aprovadas em 27 de outubro de 2004 (NS/RKM,1004/006), novo artigo 40 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

220 Cf. E.C.H.R., *Case of Abdülşamet Yaman v. Turkey*, Judgment of 2 November 2004, Application N°. 32446/96, para. 55.

221 Cf. A.C.H.P.R., *Case of Malawi African Association and Others vs. Mauritania*, Communication N°. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 to 196/97 and 210/98, Decision of 11 May 2000, para. 83.

222 Cf. A.C.H.P.R., *Case of Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, Communication N°. 245/2002, Decision of 21 May 2006, paras. 211 and 215.

223 Cf. Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade etc.*, Causa 17.768, Resolução de 14 de junho de 2005, Considerando 31 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

[N]a medida em que [as anistias] se orientam ao “esquecimento” de graves violações dos direitos humanos, elas se opõem às disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e são, portanto, constitucionalmente intoleráveis²²⁴.

[A] transposição das conclusões da Corte Interamericana em “Barrios Altos” para o caso argentino é imperativa, se é que as decisões do Tribunal internacional mencionado não de ser interpretadas de boa-fé como diretrizes jurisprudenciais. Por certo, seria possível encontrar diversos argumentos para distinguir [o caso argentino do *Caso Barrios Altos*], mas essas distinções seriam puramente anedóticas²²⁵.

[N]a medida em que [as leis de anistia] obstaculizam o esclarecimento e a efetiva punição de atos contrários aos direitos reconhecidos nos tratados mencionados, impedem o cumprimento do dever de garantia com que se comprometeu o Estado argentino e são inadmissíveis²²⁶.

Do mesmo modo, toda a regulamentação de Direito interno que, invocando razões de “pacificação”[,], disponha a concessão de qualquer forma de anistia que deixe impunes violações graves dos direitos humanos cometidas pelo regime que a disposição beneficia, é contrária a claras e obrigatórias disposições do Direito Internacional e deve ser efetivamente suprimida²²⁷.

[A] fim de dar cumprimento aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, a supressão das leis de [anistia] é impostergável e deverá ocorrer de maneira que não possa delas decorrer obstáculo normativo algum para o julgamento de fatos, como os que constituem o objeto da presente causa. Isso significa que os beneficiários dessas leis não podem invocar nem a proibição de retroatividade da lei penal mais grave, nem a coisa julgada. [A] sujeição do Estado argentino à jurisdição interamericana impede que o princípio de “irretroatividade” da lei penal seja invocado para descumprir os deveres assumidos, em matéria de persecução de violações graves dos direitos humanos²²⁸.

224 Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade etc.*, supra nota 223, Considerando 26.

225 Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade etc.*, supra nota 223, Considerando 24 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

226 Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade etc.*, supra nota 223, Considerando 25 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

227 Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade etc.*, supra nota 223, Considerando 26 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

228 Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade etc.*, supra nota 223, Considerando 31. Outrossim, com relação ao papel dos poderes Legislativo e Judiciário no que se refere à determinação de inconstitucionalidade de uma lei, a Corte Suprema salientou que “a lei 25.779 [que anulou as leis de anistia], de uma perspectiva formalista,

164. No Chile, a Corte Suprema de Justiça concluiu que as anistias a respeito de desaparecimentos forçados abrangeriam somente um determinado tempo e não todo o lapso de duração do desaparecimento forçado ou seus efeitos²²⁹:

[E]mbora o decreto-lei em comento tenha mencionado expressamente que se encontram anistiados os fatos cometidos entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, o delito constante dos autos começou a ser praticado em 7 de janeiro de 1975 [...], existindo certeza de que, em 10 de março de 1978, data da expiração do prazo disposto no artigo 1º do D.L. 2191, Sandoval Rodríguez não havia aparecido e não se tinham notícias dele, nem do lugar onde se encontrariam seus restos, no caso de ter ocorrido sua morte, [...] o que torna inaplicável a anistia alegada, já que o sequestro continuava em curso, uma vez que expirou o período de tempo compreendido por essa causa excludente de responsabilidade criminal²³⁰.

[O] Estado do Chile se impôs, ao subscrever e ratificar [tratados internacionais], a obrigação de garantir a segurança das pessoas [...], ficando vedadas as medidas tendentes a amparar as ofensas cometidas contra pessoas determinadas ou conseguir a impunidade de seus autores, tendo especialmente presente que os acordos internacionais devem ser cumpridos de boa-fé. [Esta] Corte Suprema, em reiteradas sentenças, reconheceu que a soberania interna do Estado [...] reconhece seu limite nos direitos que emanam da natureza humana; valores que são superiores a toda norma que possam dispor as autoridades do Estado, inclusive o próprio Poder Constituinte, o que impede que sejam desconhecidos²³¹.

165. Recentemente, a mesma Corte Suprema de Justiça do Chile, no caso Lecaros Carrasco, anulou a sentença absolutória anterior e invalidou a aplicação da anistia chilena prevista no Decreto-Lei Nº. 2.191, de 1978, por meio de uma sentença de substituição, nos seguintes termos²³²:

poderia ser tachada de inconstitucional, na medida em que, ao declarar a nulidade insanável de uma lei, viola a divisão de poderes ao usurpar as faculdades do Poder Judiciário, que é o único órgão constitucionalmente qualificado para declarar nulas as leis ou qualquer ato normativo com eficácia jurídica.[...] a solução que o Congresso considera que cabe dar ao caso [...] de modo algum priva os juizes da decisão final sobre a matéria". Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade etc.*, *supra* nota 227, Considerando 34 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

229 Cf. Corte Suprema de Justiça do Chile. *Decisão do Plenário a respeito da instância que examinará a aplicação da Lei de Anistia no caso do sequestro do mirista Miguel Ángel Sandoval*, Caso 2477, 17 de novembro de 2004, Considerando 33.

230 Corte Suprema de Justiça do Chile. *Caso do sequestro do mirista Miguel Ángel Sandoval*, *supra* nota 229, Considerando 33 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

231 Corte Suprema de Justiça do Chile. *Caso do sequestro do mirista Miguel Ángel Sandoval*, *supra* nota 229, Considerando 35 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

232 Corte Suprema de Justiça do Chile, *Caso de Claudio Abdon Lecaros Carrasco pelo delito de sequestro agravado*, Rol Nº. 47.205, Recurso Nº. 3302/2009, Resolução 16698, Sentença de Apelação, e Resolução 16699, Sentença de Substituição, de 18 de maio de 2010.

[O] delito de sequestro [...] tem o caráter de crime contra a humanidade e, conseqüentemente, não procede invocar a anistia como causa extintiva da responsabilidade penal²³³.

[A] lei de anistia proferida pela autoridade *de facto* que assumiu o “Comando Supremo da Nação”, [...] há de ser interpretad[a] num sentido conforme às convenções protetoras dos direitos fundamentais do indivíduo e punitivas dos graves atentados contra ele cometidos durante a vigência desse corpo legal²³⁴.

[A] referida proibição de autoexoneração não alude unicamente a situações óbvias, nas quais os detentores do poder valeram-se da situação vantajosa em que se encontravam para consagrar extinções de responsabilidade, como ocorre com as anistias autoconcedidas, mas implica também uma suspensão da vigência de instituições preexistentes, como [...] a prescrição da ação penal, concebidas para funcionar numa situação de paz social a que estavam chamadas a servir, mas não em situações de violação de todas as instituições sobre as quais o Estado se erigia, e em benefício precisamente dos que provocaram essa ruptura²³⁵.

166. Por outro lado, o Tribunal Constitucional do Peru, no Caso de Santiago Martín Rivas, ao resolver um recurso extraordinário e um recurso de agravo constitucional, precisou o alcance das obrigações do Estado nesta matéria²³⁶:

[O] Tribunal Constitucional considera que a obrigação do Estado de investigar os fatos e sancionar os responsáveis pela violação dos direitos humanos declarados na Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos não somente compreende a nulidade daqueles processos a que houvessem sido aplicadas as leis de anistia [...], após ter-se declarado que essas leis não têm efeitos jurídicos, mas também toda prática destinada a impedir a investigação e a punição pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal²³⁷.

233 Corte Suprema de Justiça do Chile, *Caso de Claudio Abdon Lecaros Carrasco*, *Sentença de Substituição*, *supra* nota 232, Considerando 1 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

234 Corte Suprema de Justiça do Chile, *Caso de Claudio Abdon Lecaros Carrasco*, *Sentença de Substituição*, *supra* nota 232, Considerando 2 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

235 Corte Suprema de Justiça do Chile, *Caso de Claudio Abdon Lecaros Carrasco*, *Sentença de Substituição*, *supra* nota 232, Considerando 3 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

236 Cf. Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso extraordinário, Expediente 4587-2004-AA/TC, *Sentença* de 29 de novembro de 2005, par. 63.

237 Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso extraordinário, *supra* nota 236, par. 63 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

As obrigações assumidas pelo Estado peruano com a ratificação dos tratados sobre direitos humanos compreendem o dever de garantir aqueles direitos que, em conformidade com o Direito Internacional, são inderrogáveis, tendo o Estado se obrigado internacionalmente a sancionar sua afetação. Em atenção ao mandato contido no [...] Código Processual Constitucional, recorre-se aos tratados que cristalizaram a proibição absoluta daqueles ilícitos que, em conformidade com o Direito Internacional, não podem ser anistiados, na medida em que infringem os parâmetros mínimos de proteção à dignidade da pessoa humana²³⁸.

[A] aprovação de leis de anistia constitui uma competência jurídico-constitucional do Congresso da República, de modo que as resoluções judiciais expedidas, em aplicação de leis de anistia constitucionalmente legítimas, dão lugar à configuração da *cosa julgada constitucional*. O controle das leis de anistia, no entanto, parte da presunção de que o legislador penal quis agir dentro do marco da Constituição e do respeito aos direitos fundamentais²³⁹.

Não opera [essa presunção] quando se comprova que, mediante o exercício da competência de promulgar leis de anistia, o legislador penal pretendeu encobrir a prática de crimes contra a humanidade. Tampouco quando o exercício dessa competência foi utilizada para “garantir” a impunidade por graves violações de direitos humanos²⁴⁰.

No mérito[,] o Tribunal considera que as leis de anistia [em questão] são nulas e carecem, *ab initio*, de efeitos jurídicos. Portanto, também são nulas as resoluções judiciais expedidas com o propósito de garantir a impunidade da violação de direitos humanos cometida por [agentes estatais]²⁴¹.

167. No mesmo sentido, pronunciou-se recentemente a Suprema Corte de Justiça do Uruguai, a respeito da Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado nesse país, considerando que:

[ninguém] nega que, mediante uma lei promulgada com uma maioria especial e para casos extraordinários, o Estado pode renunciar a penalizar atos delitivos. [...] No

238 Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso de agravo constitucional, Expediente 679-2005-PA/TC, *Sentença* de 2 de março de 2007, par. 30 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

239 Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso de agravo constitucional, *supra* nota 238, par. 52 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

240 Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso de agravo constitucional, *supra* nota 238, par. 53 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

241 Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso de agravo constitucional, *supra* nota 238, par. 60 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

entanto, a lei é inconstitucional porque, no caso, o Poder Legislativo excedeu o marco constitucional para acordar anistias²⁴² [porque] declarar a caducidade das ações penais, em qualquer hipótese, excede as faculdades dos legisladores e invade o âmbito de uma função constitucionalmente atribuída aos juízes, pelo que, independentemente dos motivos, o legislador não podia atribuir-se a faculdade de resolver que havia operado a caducidade das ações penais em relação a certos delitos²⁴³.

[A] regulamentação atual dos direitos humanos não se baseia na posição soberana dos Estados, mas na pessoa enquanto titular, por sua tal condição, dos direitos essenciais que não podem ser desconhecidos, com base no exercício do poder constituinte, nem originário, nem derivado²⁴⁴.

Em tal marco, [a lei de anistia] em exame afetou os direitos de numerosas pessoas (concretamente, as vítimas, familiares ou prejudicados pelas violações de direitos humanos mencionadas), que viram frustrado seu direito a um recurso, a uma investigação judicial imparcial e exaustiva, que esclareça os fatos, determine seus responsáveis e imponha as sanções penais correspondentes; a tal ponto que as consequências jurídicas da lei a respeito do direito às garantias judiciais são incompatíveis com a Convenção [A]mericana [sobre] Direitos Humanos²⁴⁵.

Em síntese, a ilegitimidade de uma lei de anistia promulgada em benefício de funcionários militares e policiais que cometeram [graves violações de direitos humanos], gozando de impunidade durante regimes *de facto*, foi declarada por órgãos jurisdicionais, tanto da comunidade internacional como dos Estados que passaram por processos similares ao vivido pelo Uruguai na mesma época. Tais pronunciamentos, pela semelhança com a questão analisada e pela relevância que tiveram, não poderiam ser deixados de lado no exame de constitucionalidade da Lei [N.º.] 15.848 e foram levados em conta pela Corporação para proferir a presente sentença²⁴⁶.

242 Suprema Corte de Justiça do Uruguai, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, Sentença N.º. 365/09, resolução de 19 de outubro de 2009, Considerando III.2, pars. 8 e 9 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

243 Suprema Corte de Justiça do Uruguai, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, *supra* nota 242, Considerando III.2, par. 13 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

244 Suprema Corte de Justiça do Uruguai, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, *supra* nota 242, Considerando III.8, par. 6 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

245 Suprema Corte de Justiça do Uruguai, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, *supra* nota 242, Considerando III.8, par. 11 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

246 Suprema Corte de Justiça do Uruguai, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, *supra* nota 242, Considerando III.8, par. 15 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

168. Finalmente, a Corte Constitucional da Colômbia, em diversos casos, levou em conta as obrigações internacionais em casos de graves violações de direitos humanos e o dever de evitar a aplicação de disposições internas de anistia:

Figuras como as leis de ponto final, que impedem o acesso à justiça, as anistias em branco para qualquer delito, as autoanistias (ou seja, os benefícios penais que os detentores legítimos ou ilegítimos do poder concedem a si mesmos e aos que foram cúmplices dos delitos cometidos) ou qualquer outra modalidade que tenha como propósito impedir que as vítimas tenham um recurso judicial efetivo para fazer valer seus direitos foram consideradas violadoras do dever internacional dos Estados de prover recursos judiciais para a proteção dos direitos humanos²⁴⁷.

169. Igualmente, a Corte Suprema de Justiça da Colômbia salientou que “as normas relativas aos [d]ireitos [h]umanos fazem parte do grande grupo de disposições de Direito Internacional Geral, reconhecidas como normas de *[/]us cogens*, razão pela qual aquelas são inderrogáveis, imperativas [...] e indisponíveis”²⁴⁸. A Corte Suprema da Colômbia lembrou que a jurisprudência e as recomendações dos organismos internacionais sobre direitos humanos devem servir de critério preferencial de interpretação, tanto na justiça constitucional como na ordinária, e citou a jurisprudência deste Tribunal a respeito da não aceitabilidade das disposições de anistia para casos de violações graves de direitos humanos²⁴⁹.

170. Como se desprende do conteúdo dos parágrafos precedentes, todos os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, e diversas altas cortes nacionais da região, que tiveram a oportunidade de pronunciar-se a respeito do alcance das leis de anistia sobre graves violações de direitos humanos e sua incompatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados que as emitem, concluíram que essas leis violam o dever internacional do Estado de investigar e sancionar tais violações.

171. Este Tribunal já se pronunciou anteriormente sobre o tema e não encontra fundamentos jurídicos para afastar-se de sua jurisprudência constante, a qual, ademais, concorda com o estabelecido unanimemente pelo Direito Internacional e pelos precedentes dos órgãos dos sistemas universais e regionais de proteção dos direitos humanos. De tal

247 Corte Constitucional da Colômbia, Revisão da Lei 742 de 5 de junho de 2002, Expediente N°. LAT-223, Sentença C-578/02, de 30 de julho de 2002, seção 4.3.2.1.7 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

248 Corte Suprema de Justiça da Colômbia, Câmara de Cassação Penal. *Caso do Massacre de Segovia*. Ata número 156, de 13 de maio de 2010, p. 68 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

249 Cf. Corte Suprema de Justiça da Colômbia, Câmara de Cassação Penal. *Caso do Massacre de Segovia*, *supra* nota 248, p. 69 e 71.

maneira, para efeitos do presente caso, o Tribunal reitera que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”²⁵⁰.

172. A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (*supra* pars. 87, 135 e 136) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu Direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana.
173. A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados-Parte têm o dever de adotar providências de toda índole para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. Em um caso como o presente, uma vez ratificada a Convenção Americana, corresponde ao Estado, em conformidade com o artigo 2 desse instrumento, adotar todas as medidas para deixar sem efeito as disposições legais que poderiam contrariá-lo, como são as que impedem a investigação de graves violações de direitos humanos, uma vez que conduzem à falta de proteção das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade dos fatos.
174. Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e a sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para

²⁵⁰ Cf. *Caso Barrios Altos versus Peru. Mérito*. Sentença de 14 de março de 2001. Série C N°. 75, par. 41; *Caso La Cantuta*, *supra* nota 160, par. 152, e *Caso Do Massacre dos Dois Erres*, *supra* nota 186, par. 129.

a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil²⁵¹.

175. Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma autoanistia ou um “acordo político”, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (*supra* par. 171), que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias”. Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao Direito Internacional cometidas pelo regime militar²⁵². A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1. e 2 da Convenção.
176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana²⁵³.
177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar

251 Cf. *Caso Barrios Altos. Mérito*, *supra* nota 250, par. 44; *Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C N°. 154, par. 119, e *Caso La Cantuta*, *supra* nota 160, par. 175.

252 Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, *supra* nota 251, par. 120.

253 Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, *supra* nota 251, par. 124; *Caso Rosendo Cantú e outra*, *supra* nota 45, par. 219, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 202.

as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do Direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados-Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu Direito interno²⁵⁴.

178. Com relação à aplicação do princípio de ponderação aduzido pelo Estado, entre as diversas medidas adotadas como garantia de não repetição, para efeitos de cumprir o artigo 1.1 da Convenção Americana, e do princípio de legalidade, previsto no artigo 9 do mesmo tratado (*supra* par. 132), o Tribunal valora positivamente as numerosas medidas de reparação e não repetição adotadas pelo Brasil, as quais serão abordadas no capítulo correspondente às reparações da presente Sentença. Embora essas medidas sejam importantes, não são suficientes, porquanto omitiram o acesso à justiça por parte dos familiares das vítimas. Nesse sentido, o Tribunal observa que, em sua aplicação do princípio de ponderação, o Estado omitiu toda menção aos direitos das vítimas, derivados dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. Com efeito, essa ponderação se faz entre as obrigações estatais de respeitar e garantir e o princípio de legalidade, mas não se incluem na análise os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial das vítimas e seus familiares, os quais foram sacrificados da maneira mais intensa no presente caso.
179. Adicionalmente, com respeito à suposta afetação ao princípio de legalidade e irretroatividade, a Corte já ressaltou (*supra* pars. 110 e 121) que o desaparecimento forçado constitui um delito de caráter contínuo ou permanente, cujos efeitos não cessam enquanto não se estabeleça a sorte ou o paradeiro das vítimas e sua identidade seja determinada, motivo pelos quais os efeitos do ilícito internacional em questão continuam a atualizar-se. Portanto, o Tribunal observa que, em todo caso, não haveria uma aplicação

254 Cf. *Responsabilidade internacional pela emissão e aplicação de leis que violem a Convenção (art. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC- 14/94, de 9 de dezembro de 1994. Série A N°. 14, par. 35; *Caso do Penal Miguel Castro Castro versus Peru. Mérito, Reparaciones e Custos*. Sentencia de 25 de novembro de 2006. Série C N°. 160, par. 394, e *Caso Zambrano Vélez e outros versus Equador. Mérito, Reparaciones e Custos*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C N°. 166, par. 104. De igual maneira, cf. *Caso Castillo Petrucci e outros versus Peru. Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 17 de novembro de 1999. Série C N°. 59, Considerando 3; *Caso de La Cruz Flores versus Peru. Supervisão de Cumprimento de Sentença*, Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 1 de setembro de 2010, Considerando 3, e *Caso Tristan Donoso versus Panamá. Supervisão de Cumprimento de Sentença*, Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 1 de setembro de 2010, Considerando 5.

retroativa do delito de desaparecimento forçado porque os fatos do presente caso, que a aplicação da Lei de Anistia deixa na impunidade, transcendem o âmbito temporal dessa norma em função do caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado.

180. Com base nas considerações acima, a Corte Interamericana conclui que, devido à interpretação e à aplicação conferidas à Lei de Anistia, a qual carece de efeitos jurídicos a respeito de graves violações de direitos humanos, nos termos antes indicados (particularmente, *supra* par. 171 a 175), o Brasil descumpriu sua obrigação de adequar seu Direito interno à Convenção, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo tratado. Adicionalmente, o Tribunal conclui que, pela falta de investigação dos fatos, bem como pela falta de julgamento e punição dos responsáveis, o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado, em detrimento dos seguintes familiares das vítimas: Zélia Eustáquio Fonseca, Alzira Costa Reis, Victória Lavínia Grabois Olímpio, Criméia Alice Schmidt de Almeida, João Carlos Schmidt de Almeida, Luiza Monteiro Teixeira, João Lino da Costa, Benedita Pinto Castro, Odila Mendes Pereira, José Pereira, Luiza Gurjão Farias, Junília Soares Santana, Antonio Pereira de Santana, Elza da Conceição Oliveira (ou Elza Conceição Bastos), Viriato Augusto Oliveira, Maria Gomes dos Santos, Rosa Cabello Maria (ou Rosa Olímpio Cabello), Igor Grabois Olímpio, Julia Gomes Lund, Carmem Navarro, Gerson Menezes Magalhães, Aminthas Aranha (ou Aminthas Rodrigues Pereira), Julieta Petit da Silva, Ilma Hass, Osoria Calatrone, Clotildio Calatrone, Isaura de Souza Patricio, Joaquim Patricio, Elena Gibertini Castiglia, Jardilina Santos Moura, Joaquim Moura Paulino, José Vieira de Almeida, Acary V. de S. Garlippe, Dora Grabois, Agostim Grabois, Rosana Moura Momente, Maria Leonor Pereira Marques, Otilia Mendes Rodrigues, Francisco Alves Rodrigues, Celeste Durval Cordeiro, Luiz Durval Cordeiro, Aidinalva Dantas Batista, Elza Pereira Coqueiro, Odete Afonso Costa, Angela Harkavy, José Dalmo Ribeiro Ribas, Maria Eliana de Castro Pinheiro, Roberto Valadão, Diva Soares Santana, Getúlio Soares Santana, Dilma Santana Miranda, Dinorá Santana Rodrigues, Dirceneide Soares Santana, Terezinha Souza Amorim, Aldo Creder Corrêa, Helenalda Resende de Souza Nazareth, Helenice Resende de Souza Nazareth, Helenilda Resende de Souza Nazareth, Helenoira Resende de Souza Nazareth, Wladmir Neves da Rocha Castiglia, Laura Petit da Silva, Clovis Petit de Oliveira, Lorena Moroni Barroso, Ciro Moroni Girão, Breno Moroni Girão, Sônia Maria Haas, Elizabeth Silveira e Silva, Luiz Carlos Silveira e Silva, Luiz Paulo Silveira e Silva, Maristella Nurchis e Valeria Costa Couto.
181. Por outro lado, a Corte Interamericana conta com informação de que 24 familiares indicados como supostas vítimas faleceram antes de 10 de dezembro de 1998. A respeito dessas

pessoas, o Tribunal não fará nenhuma declaração de responsabilidade estatal devido à regra de competência temporal²⁵⁵. Adicionalmente, a Corte conta com informação que indica que outros 38 familiares faleceram, apesar de que do acervo probatório não se depreende de maneira conclusiva suas respectivas datas de falecimento²⁵⁶. Em relação a essas pessoas, o Tribunal estabelece que seus familiares ou seus representantes legais devem apresentar à Corte, em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, a documentação que comprove que a data de falecimento é posterior a 10 de dezembro de 1998, para efeitos de confirmar sua condição de vítimas do presente caso, em conformidade com os critérios anteriormente expostos.

182. Finalmente, a Corte se referirá, como tem feito de maneira reiterada, às diretrizes que devem seguir as investigações que realize o Estado, na seção correspondente à obrigação de investigar, no capítulo de reparações da presente Sentença. Em relação aos alegados descumprimentos dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura sustentados pelos representantes, o Tribunal estima que não resulta necessário pronunciar-se sobre tais alegações que se referem aos mesmos fatos que já foram analisados à luz de outras obrigações convencionais.

255 Cfr. *Caso das Irmãs Serrano Cruz versus El Salvador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1 de março de 2005. Serie C N.º. 120, par. 144. De acordo com informação aportada pela Comissão e pelos representantes, os familiares falecidos com anterioridade ao reconhecimento de competência do Tribunal por parte do Brasil são as senhoras e senhores Adriano Fonseca (pai, 1984), Maria Jardimina da Costa (mãe, 1993), Benedita de Araújo Ribas (mãe, 1995), Walter Sheiba Pinto Ribas (pai, 1996), José Ferreira de Souza (pai, nos anos 1980), Irene Guedes Corrêa (mãe, 1986), Edgar Corrêa (pai, 1993), Antonio Olímpio Maria (pai, 1980), Euthália Resende de Souza Nazareth (mãe, 1996), Adalberto de Assis Nazareth (pai, 1965), Idalísio Soares Aranha (pai, 1964), José Bernardino da Silva Júnior (pai, 1949), Cyrene Moroni Barroso (mãe, 1992), Benigno Girão Barroso (pai, 1995), Ildefonso Haas (pai, 1989), Adaíde Toledo de Oliveira (mãe, 1992), José Sebastião de Oliveira (pai, 1970), Jovina Ferreira (mãe, 1979), Lilita Silveira e Silva.

256 Trata-se de Gerson da Silva Teixeira (pai), Raimundo de Castro Sobrinho (pai), Helena Almochedice Valadão (mãe) e Altivo Valadão de Andrade (pai), Gessiner Farias (pai), Eloá Cunha Brum (mãe) e Lino Brum (pai), Maria de Lourdes Oliveira (mãe) e Arédio Oliveira (pai), Hilda Quaresma Saraiva (mãe) e Dário Saraiva Leão (pai), América Ribeiro Callado (mãe) e Consueto Callado (pai), Francisca das Chagas Pereira (mãe) e Carlos Gentil Pereira (pai), João Carlos Lund (pai), Ermelinda Mazzaferro Bronca (mãe) e Huberto Atte Bronca (pai), Anita Lima Piauhhy Dourado (mãe) e Pedro Piauhhy Dourado (pai), Karitza Lemos da Silva (mãe) e Norival Euphorosino da Silva (pai), Luigi Castiglia (pai), José Augusto de Souza (pai), Joana Vieira de Almeida (esposa), Rosalina Carvalho Nurchis (mãe) e José Francisco Nurchis (pai), Helena Pereira dos Santos (mãe) e Pedro Francisco dos Santos (pai), Antonia Rivelino Momente (mãe) e Álvaro Momente (pai), Rita Orlando dos Santos (mãe) e José Orlando da Costa (pai), Geny de Carvalho Troiano (mãe) e Rodolfo Troiano (pai), Lindaura Correia de Souza (mãe) e Rosalvo Cipriano (pai), e Arnobio Santos Coqueiro (pai).

IX. DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO, ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL, EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS E O DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO

183. A Corte, com o fim de determinar se o Estado é responsável pelas alegadas violações aos artigos 13²⁵⁷, 8.1 e 25, em relação com os artigos 1.1 e 2, todos da Convenção Americana, sintetizará os argumentos das partes, estabelecerá os fatos que considera provados e fará as considerações pertinentes sobre os processos judiciais e o marco normativo relacionados com o direito de buscar e receber informação.

A. ALEGAÇÕES DAS PARTES

184. A Comissão Interamericana sustentou que, no presente caso, existe uma restrição indevida ao direito de acesso à informação, dado que: a) não há nenhum interesse legítimo para reservar a informação relativa a violações massivas de direitos humanos; o Estado não demonstrou um interesse atual, imperativo ou obrigatório em manter reservada a informação requerida pelas vítimas; e a revelação de informações não pode constituir um dano certo, objetivo, grave e atual à segurança nacional; b) o desconhecimento da verdade por parte dos familiares e a manutenção da falta de informação é uma situação “equiparável à tortura”; c) o Estado nunca poderia negar o acesso à informação a juízes e organismos autônomos de investigação que possam verificar o legítimo objetivo da reserva e d) a liberdade de expressão e o acesso à

257 O artigo 13 da Convenção Americana, no que é pertinente, estabelece:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

informação contribuem para garantir os direitos à verdade, à justiça e à reparação, evitando que se produzam novas violações graves de direitos humanos. Adicionalmente, as diversas leis e decretos que tem regido o direito de acesso à informação no Brasil não cumprem com os parâmetros estabelecidos pelo Sistema Interamericano, dado que o alcance e o conteúdo do direito de acesso à informação estão regulamentados por disposições de caráter administrativo e nenhuma das normas de regulamentação desse direito define nem delimita as causas de restrição. Ademais, essas disposições: a) não incluem procedimentos administrativos que assegurem a correta tramitação e resolução de solicitações de informação, os prazos para contestar, nem a possibilidade de impugnar a negativa de facilitar a informação por meio de um recurso rápido e efetivo; b) não contemplam a obrigação de fundamentar adequadamente as negativas à solicitação de informação e c) contemplam períodos de restrição ilegítimos. Outrossim, os Estados têm a obrigação positiva de produzir e conservar informação, o que os obriga a buscá-la e implementar medidas que permitam a custódia, o manejo e o acesso aos arquivos. Ante o exposto, a Comissão Interamericana solicitou à Corte que declare o Estado responsável pela violação do artigo 13 da Convenção, em conjunto com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e que ordene ao Estado reformar seu regime jurídico interno, em conformidade com o artigo 2, em relação com o artigo 13, também da Convenção Americana. Por outro lado, quanto à Ação Ordinária N.º. 82.00.24682-5, a Comissão Interamericana considerou que o Estado não justificou os mais de 25 anos transcorridos até a prolação de sentença final. Os demais recursos judiciais interpostos para obter informação sobre a Guerrilha do Araguaia tampouco foram efetivos até a data, inclusive nem sequer produziram uma sentença definitiva. Com base no retardo injustificado e na ineficácia das ações de natureza não penal interpostas, a Comissão solicitou à Corte que determine que o Estado incorreu em violação dos artigos 8 e 25 da Convenção, em concordância com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo das vítimas desaparecidas e de seus familiares, assim como dos familiares da pessoa executada.

185. Os representantes coincidiram, essencialmente, com as alegações da Comissão e acrescentaram que o silêncio, a negativa de entregar documentos ou a falha das autoridades em comprovar sua destruição demonstram claramente a violação por parte do Estado do direito à informação. Em que pese a alegada destruição de documentos por parte das Forças Armadas, em 2010, a Força Aérea entregou ao Arquivo Nacional vários documentos, os quais, em todo caso, eram cópias de documentos obtidos pela Comissão Especial. Portanto, esses arquivos, embora não aportem informação suficiente para esclarecer o paradeiro das vítimas, demonstram que os documentos existem e que não haviam sido divulgados anteriormente.

As limitações dos mecanismos criados pelo Estado, a ineficácia das ações civis interpostas com o fim de aceder à informação e as missões de busca empreendidas pelo Estado, bem como as medidas legislativas e administrativas sobre restrições de acesso à informação sigilosa em poder do Estado, impediram a reconstrução dos fatos e, conseqüentemente, da verdade. Ante o exposto, sustentaram que o Estado violou os direitos e obrigações consagrados nos artigos 1.1, 2, 8, 13 e 25 da Convenção Americana.

186. O Estado recordou as diversas normas que regulam a sistematização e a publicação de informação sobre mortos e desaparecidos políticos aprovadas durante o regime constitucional. No entanto, o panorama jurídico que regulamenta esse direito será substancialmente reformado se for aprovado o Projeto de Lei Nº. 5.228, do Poder Executivo, enviado ao Congresso Nacional em fevereiro de 2009 (*infra* pars. 291 e 293). Por outro lado, o Brasil recordou as diversas medidas adotadas, entre elas o projeto “Memórias Reveladas”, e salientou as realizações da Comissão Especial, que conseguiu reconstruir muitos episódios de morte e desaparecimentos forçados ocorridos durante o regime militar. Também informou sobre sua ampla e complexa rede de arquivos, os quais estão à disposição para consulta, dependendo “sua liberação” dos prazos legais de classificação. No marco do cumprimento da sentença da Ação Ordinária, em 10 de julho de 2009, entregou cópias de milhares de páginas de documentos sobre a Guerrilha do Araguaia, que representam toda a informação conhecida e arquivada no âmbito da União referente à Guerrilha. Afirmou que aos documentos especificamente relacionados com a Guerrilha do Araguaia não se aplica a restrição de acesso a documentos públicos baseada na segurança da sociedade e do Estado. Adicionalmente, o Exército, a Marinha e a Força Aérea informaram que não possuem em seus arquivos nenhum documento desse período, dado que os haviam destruído de acordo com a normativa vigente à época. A Marinha informou que determinados documentos divulgados pelos meios de comunicação sobre a Guerrilha haviam sido subtraídos de maneira ilícita dos arquivos antes que fossem destruídos. A Força Aérea também informou que, apesar de terem sido destruídos documentos, alguns que continham informação genérica foram postos à disposição do Arquivo Nacional. A destruição dos documentos relacionados com o regime militar foi realizada de acordo com o Decreto Nº. 79.099, de 6 de janeiro de 1977, motivo pelo qual não é possível determinar responsabilidades individuais dos funcionários. Por último, o Brasil considerou que a Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público Federal já havia sido integralmente atendida nos autos da Ação Ordinária Nº. 82.00.24682-5, razão pela qual, em dezembro de 2009, apresentou petição informando ao ministro relator a perda de objeto do seu recurso.

B. FATOS RELATIVOS AO ACESSO À INFORMAÇÃO

187. Alguns familiares de integrantes da Guerrilha do Araguaia promoveram, desde 1982, uma ação de natureza não penal, a fim de esclarecer as circunstâncias dos desaparecimentos forçados, localizar os restos mortais e aceder aos documentos oficiais sobre as operações militares nessa região. Por sua parte, o Ministério Público Federal também interpôs ações de natureza civil com objetivos semelhantes.

1. Ação Ordinária N°. 82.00.24682-5

i. Fatos prévios à competência temporal da Corte

188. Em 19 de fevereiro de 1982, 22 familiares de 25 desaparecidos da Guerrilha iniciaram uma ação judicial de natureza civil contra o Estado Federal, perante a Primeira Vara Federal do Distrito Federal (doravante “Primeira Vara Federal”), solicitando informação à União sobre a sepultura de seus familiares, de maneira que se pudessem emitir os certificados de óbito, realizar o traslado dos restos mortais, e que apresentara o Relatório oficial do Ministério da Guerra, de 5 de janeiro de 1975, sobre as operações militares de combate à Guerrilha do Araguaia²⁵⁸.
189. Em 27 de março de 1989, a ação foi denegada, sem avaliação do mérito, com base no fato de o pedido ser “jurídica e materialmente impossível de cumprir”²⁵⁹. Após a interposição de um recurso de apelação por parte dos autores da ação²⁶⁰, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região (doravante “Tribunal Regional Federal”) reverteu essa sentença, em outubro de 1993, e decidiu favoravelmente o recurso, acolhendo o pedido dos recorrentes²⁶¹.
190. Entre março de 1994 e abril de 1996, a União interpôs três recursos e todos foram rechaçados pelos tribunais competentes²⁶². Em 22 de junho de 1998, o processo retornou

258 Cf. Petição inicial da *Ação Ordinária para Prestação de Fato* (Ação N°. 82.00.24682-5) de 21 de fevereiro de 1982 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 1, folhas 3835 a 3855).

259 Cf. Sentença da Primeira Vara Federal do Distrito Federal, de 27 de março de 1989 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 10, folha 70).

260 Cf. Recurso de Apelação apresentado pelos autores em 19 de abril de 1989 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 11, folhas 72 e 79).

261 Cf. Decisão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, publicada em 11 de outubro de 1993 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 12, folha 80).

262 O primeiro deles foi um Recurso de Embargos de Declaração, interposto pela União em 24 de março de 1994, contra decisão do Tribunal Regional Federal (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 13, folhas 81 a 87), o qual foi rejeitado em 12 de março de 1996 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 14, folhas 88 a 94). Também disponível em <http://www.trf1.jus.br/Processos/Processos-TRF/>; processo 89.01.06733-1, último acesso em 8 de outubro de 2010. A União interpôs ainda, em 29 de abril de 1996, um Recurso Especial

ao conhecimento do juiz de primeira instância a fim de iniciar a instrução processual, em cumprimento da sentença de outubro de 1993 do Tribunal Regional Federal. O juiz de primeira instância requereu ao Estado o envio do relatório sobre a Guerrilha do Araguaia²⁶³. Em 11 de novembro de 1998, o Estado apresentou um novo recurso²⁶⁴.

ii. Fatos posteriores à competência temporal da Corte

191. Em 22 de fevereiro de 2000, o Tribunal Regional Federal denegou o recurso mencionado²⁶⁵. Em 25 de abril de 2000, o Exército brasileiro remeteu um documento à União, o qual foi incorporado ao expediente da Ação Ordinária, no qual afirmava: “não há documento, nem qualquer outra informação a ser prestada àquela autoridade, neste momento[, e] que [em] 11 de novembro de 1982 [...] o então gabinete do ministro do Exército esclareceu que os subsídios já haviam sido oferecidos à Procuradoria Regional da República”²⁶⁶. Em junho de 2003, a Primeira Vara Federal finalmente analisou o mérito do caso e julgou procedente a ação. Por conseguinte, ordenou a desclassificação e a apresentação de toda a informação relativa às operações militares relacionadas à Guerrilha do Araguaia e que se informasse sobre o local de sepultamento dos desaparecidos, entre outras medidas²⁶⁷. Em agosto de 2003, a União apelou dessa sentença²⁶⁸. A apelação foi recusada pelo Tribunal Regional Federal, em dezembro de 2004²⁶⁹. Posteriormente, em 8 de julho de 2005, o Estado interpôs um Recurso Especial e um Recurso Extraordinário²⁷⁰. O primeiro foi declarado parcialmente procedente pelo

(expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 15, folhas 95 a 96), o qual não foi admitido em 20 de novembro de 1996 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 16, folhas 102 e 103). Ante a rejeição do Recurso Especial, a União interpôs um Recurso de Agravo de Instrumento em Recurso Especial N.º 144015-DF, em 19 de dezembro de 1996. Igualmente disponível em <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/>; processo 89.01.06733-1, último acesso em 8 de outubro de 2010. Esse recurso não foi admitido pelo Superior Tribunal de Justiça em 22 de abril de 1998 (expediente de anexo à demanda, tomo I, anexo 23, folhas 205). Também disponível em <http://www.stj.jus.br/>; processo REsp 873371-DF, último acesso em 8 de outubro de 2010.

263 Cf. Despacho do juiz da Primeira Vara Federal do Distrito Federal de 19 de outubro de 1998 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 3, folha 3899).

264 Cf. Agravo de Instrumento interposto pela União, em 11 de novembro de 1998 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 17, folhas 104 a 112).

265 Cf. Decisão do Tribunal Regional Federal, de 22 de fevereiro de 2000, no Agravo de Instrumento N.º 1998.01.00.084211-3. Também disponível em <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/>; último acesso em 8 de outubro de 2010.

266 Cf. Ofício N.º 723/A2, do Chefe de Gabinete do Comandante do Exército, de 25 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, folha 3900).

267 Cf. Sentença da Primeira Vara Federal de 30 de junho de 2003 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 21, folhas 134 a 180).

268 Cf. Recurso de Apelação Parcial interposto pela União em 27 de agosto de 2003 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 22, folhas 181 a 201).

269 Cf. Decisão do Tribunal Regional Federal sobre a Apelação interposta pela União, publicada em 14 de dezembro de 2004 (expediente de anexo à demanda, tomo I, anexo 23, folhas 202 a 261). Também disponível em <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/>; último acesso em 8 de outubro de 2010.

270 Cf. Recurso Especial da União, interposto em 8 de julho de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 24, folhas 262 a 273) e Recurso Extraordinário da União, interposto em 8 de julho de 2005 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 15, folhas 4027 a 4035).

Superior Tribunal de Justiça, no que concerne à determinação do órgão judicial executor da sentença de primeira instância, e o segundo não foi admitido pelo Tribunal Regional Federal²⁷¹. Em 9 de outubro de 2007, essa decisão transitou em julgado²⁷². Em maio de 2008, o expediente foi reenviado à Primeira Vara Federal para iniciar a execução da sentença, a qual foi ordenada em 12 de março de 2009²⁷³.

192. Com o objetivo de dar cumprimento à sentença proferida no marco da Ação Ordinária, o Estado constituiu, em abril de 2009, o Grupo de Trabalho Tocantins (*supra* par. 100). A respeito dos documentos sobre a Guerrilha, em 10 de julho de 2009, a Advocacia-Geral da União apresentou ao procedimento da Ação Ordinária, entre outros documentos, um relatório com informação sobre a Guerrilha, o relatório elaborado pelo Ministério da Defesa “Informações sobre a Guerrilha do Araguaia”, no qual estariam incluídas cerca de 21.000 páginas de documentos dos arquivos do antigo Serviço Nacional de Informações que estavam sob a custódia do Arquivo Nacional e que compreendem documentos dos três serviços secretos das Forças Armadas. Com essa ação, o Estado aportou ao procedimento da Ação Ordinária informação recolhida por diferentes órgãos do Estado em diferentes períodos, a qual, indicou, constituiria toda a documentação disponível no âmbito da União acerca das referidas operações militares, especialmente no que se refere aos enfrentamentos armados, à captura e detenção de civis, ao reconhecimento de corpos e à identificação de guerrilheiros²⁷⁴. O referido Relatório do Ministério da Defesa indica que, desde o final de 2003, foram instaurados no âmbito das Forças Armadas procedimentos específicos de investigação com o objetivo de obter informações sobre os combates da Guerrilha e sobre a possível localização dos restos mortais de pessoas desaparecidas²⁷⁵.

271 Cf. Sentença do Superior Tribunal de Justiça publicada em 20 de setembro de 2007 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 25, folhas 274 a 282). Também disponível em <http://www.stj.jus.br>; último acesso em 8 de outubro de 2010, e Decisão do Tribunal Regional Federal de 16 março de 2006 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 16, folhas 4039 a 4041).

272 Cf. Certidão do Superior Tribunal de Justiça de 9 de outubro de 2007 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 21, folhas 4076).

273 Cf. Processo 2003.01.00.041033-5. Disponível em <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/>; último acesso em 8 de outubro de 2010.

274 Cf. Escrito da Advocacia-Geral da União remetido à Primeira Vara Federal em 10 de julho de 2009 (expediente de mérito, tomo VI, folhas 3218 a 3251). A Corte nota que o senhor Antunes da Silva, em seu laudo pericial, indicou que “[e]m 4 de dezembro de 2008, foram entregues a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal 21.319 páginas de documentos do acervo do extinto Serviço Nacional de Informações”. No entanto, no Relatório sobre a Guerrilha do Araguaia, elaborado pelo Ministério da Defesa e remetido ao procedimento da Ação Ordinária em julho de 2009, consta que em 15 de dezembro de 2008 “[a] Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil [remeteu] ao Ministério da Defesa [...] cópias dos arquivos sob custódia do Arquivo Nacional, no total aproximado de 20.000 [...] laudas, com vistas ao cumprimento da sentença proferida na ação 82.00.24682-5”. Do mesmo modo, do acervo probatório consta que a execução da Sentença da Ação Ordinária foi ordenada em 12 de março de 2009. Pelo exposto, o Tribunal não pôde constatar, a partir da prova existente no expediente, se essas mais de 20.000 folhas foram remetidas ao procedimento da Ação Ordinária com anterioridade à sua entrega formal em 10 de julho de 2009. Cf. Laudo pericial rendido pelo senhor Jaime Antunes da Silva perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo IV, folhas 1430 a 1433) e Ministério da Defesa. *Informações sobre a Guerrilha do Araguaia*, *supra* nota 81, folhas 3443 e 3454.

275 Cf. Ministério da Defesa. *Informações sobre a Guerrilha do Araguaia*, *supra* nota 81, folha 3481.

2. Outros procedimentos judiciais

193. Mediante solicitação dos familiares²⁷⁶, em 2001, as Procuradorias da República dos estados do Pará e de São Paulo e do Distrito Federal iniciaram os Inquéritos Civis Públicos N^{os} 1/2001, 3/2001 e 5/2001, respectivamente, com a finalidade de compilar informações sobre a Guerrilha do Araguaia. Os promotores elaboraram, em janeiro de 2002, um “Relatório Parcial de Investigação sobre a Guerrilha do Araguaia”²⁷⁷. Como consequência dessas investigações, em 9 de agosto de 2001, o Ministério Público Federal interpôs a Ação Civil Pública N^o. 2001.39.01.000810-5 contra a União, com o propósito de fazer cessar a influência, por meio de assistência social, das Forças Armadas sobre os habitantes da região do Araguaia, bem como obter da União todos os documentos que contivessem informação sobre as ações militares de combate à Guerrilha²⁷⁸. Em 19 de dezembro de 2005, a Primeira Vara Federal declarou parcialmente procedente a ação²⁷⁹. Após a interposição de um recurso por parte da União em março de 2006²⁸⁰, a sentença de primeira instância foi parcialmente reformada, mediante decisão de 26 de julho de 2006, em razão do que se manteve somente a obrigação de exhibir, reservadamente, todos os documentos que contivessem informação sobre as ações militares contra a Guerrilha²⁸¹. Em setembro de 2006, a União interpôs um Recurso Especial²⁸² e um Recurso Extraordinário²⁸³ contra essa última sentença. O Recurso Especial não foi admitido pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão de 18 de agosto de 2009²⁸⁴. Logo da não admissão do Recurso Extraordinário pelo Tribunal Regional Federal, a União interpôs um Agravo de Instrumento perante o Supremo Tribunal Federal. No marco desse recurso, em 7 de dezembro de 2009, a União solicitou que se declare a perda de seu objeto, dado que o pedido de exibição de documentos relativos à Guerrilha do Araguaia feito na Ação

276 Cf. Declaração rendida pelo senhor Marlon Alberto Weichert na audiência pública realizada em 20 de maio de 2010.

277 Cf. Ministério público Federal. *Relatório parcial de investigação sobre a Guerrilha do Araguaia*. Inquéritos Civis Públicos N^o. 1/2001 – Pará, N^o. 3/2001 – São Paulo e N^o. 5/2001 – Distrito Federal, de 28 de janeiro de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 26, folhas 283 a 308).

278 Cf. Sentença da Justiça Federal de Primeira Instância, Seção Judiciária do Pará – Subseção Marabá, de 19 de dezembro de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 27, folha 309). Também disponível em <http://processual.trf1.jus.br>, último acesso em 8 de outubro de 2010.

279 Cf. Sentença da Justiça Federal de Primeira Instância, Seção Judiciária do Pará – Subseção Marabá, *supra* nota 278, folha 320.

280 Cf. Recurso de Apelação interposto pela União, em 24 de março de 2006 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 28, folhas 322 a 329).

281 Cf. Decisão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, de 26 de julho de 2006 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 29, folha 330).

282 Cf. Recurso Especial apresentado pela União em 19 de setembro de 2006 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 30, folhas 331 a 338).

283 Cf. Recurso Extraordinário apresentado pela União em 19 de setembro de 2006 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 31, folhas 339 a 346).

284 Cf. Decisão do Superior Tribunal de Justiça de 18 de agosto de 2009 (expediente de mérito, tomo VIII, anexo 17, folhas 4079 a 4084).

Civil Pública Nº. 2001.39.01.000810-5 já fora atendido no julgamento da Ação Ordinária Nº. 82.00.24682-5, a qual adquiriu força de coisa julgada²⁸⁵.

194. Por outra parte, em 19 de dezembro de 2005, o Ministério Público Federal e a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado apresentaram uma petição de Notificação Judicial ao presidente da República, ao vice-presidente e a outros altos funcionários do governo e das Forças Armadas, em relação à desclassificação de documentos sigilosos que interessem aos familiares de mortos e desaparecidos políticos para fins de conhecer a verdade e de localizar os restos mortais de seus entes queridos, bem como de possibilitar ao Ministério Público Federal o acesso a seu conteúdo²⁸⁶.

3. Marco normativo

195. O direito de acesso à informação está previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988²⁸⁷ e regulamentado, *inter alia*, pelos seguintes decretos e leis: a) Lei Nº. 8.159, de 1991, que regulamenta a política nacional de arquivos públicos e privados, o acesso e o sigilo de documentos públicos, entre outras providências²⁸⁸; b) Decreto Nº. 2.134, de 1997, que regulamenta o artigo 23 da Lei Nº. 8.159 sobre a categoria dos documentos públicos secretos²⁸⁹; c) Decreto Nº. 4.553, de 2002, que regulamenta a proteção de dados, informações, documentos e materiais reservados, de interesse da segurança da sociedade e do Estado no âmbito da Administração Pública Federal²⁹⁰; d) Decreto Nº. 5.301, de 2004, que criou a Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas²⁹¹; e) Lei Nº. 11.111, de 2005, que introduz a possibilidade de sigilo permanente de arquivos oficiais classificados como ultrassecretos²⁹² e f) Decreto Nº. 5.584, de 2005, que regulamente a entrega ao Arquivo Nacional de todos os documentos que estavam

285 Cf. Petição da União no marco do Agravo de Instrumento Nº. 770.247/PA, apresentada em 7 de dezembro de 2009 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo I, anexo 27, folhas 9190 a 9193).

286 Cf. Notificação judicial de 19 de dezembro de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 32, folhas 347 a 367).

287 O artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal estabelece que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aqueles cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo I, anexo 4, folhas 8751).

288 Cf. Lei Nº. 8.159, de 8 de janeiro de 1991 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo I, anexo 14, folhas 9062 a 9065).

289 Cf. Decreto Nº. 2.134, de 24 de janeiro de 1997 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 3, folhas 16 a 21).

290 Cf. Decreto Nº. 4.553, de 27 de dezembro de 2002 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo I, anexo 16, folhas 9070 a 9082).

291 Cf. Decreto Nº. 5.301, de 9 de dezembro de 2004 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo I, anexo 17, folhas 9084 a 9086).

292 Cf. Lei Nº. 11.111, de 5 de maio de 2005 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo I, anexo 15, folhas 9067 e 9068).

sob custódia da Agência Brasileira de Inteligência e prevê a aplicação de restrições previstas no Decreto N.º. 4.553²⁹³.

C. DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO

196. A Corte estabeleceu que, de acordo com a proteção que outorga a Convenção Americana, o direito à liberdade de pensamento e de expressão compreende “não apenas o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e divulgar informações e ideias de toda índole”²⁹⁴. Assim como a Convenção Americana, outros instrumentos internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, estabelecem um direito positivo a buscar e a receber informação²⁹⁵.
197. O Tribunal também estabeleceu que o artigo 13 da Convenção, ao estipular expressamente os direitos a buscar e a receber informações, protege o direito de toda pessoa de solicitar o acesso à informação sob o controle do Estado, com as exceções permitidas sob o regime de restrições da Convenção. Conseqüentemente, esse artigo ampara o direito das pessoas de receber essa informação e a obrigação positiva do Estado de fornecê-la, de maneira que a pessoa possa ter acesso e conhecer essa informação ou receber uma resposta fundamentada quando, por algum motivo permitido pela Convenção, o Estado possa limitar o acesso a ela para o caso concreto. Essa informação deve ser fornecida, sem necessidade de comprovar um interesse direto para sua obtenção ou uma afetação pessoal, salvo nos casos em que se aplique uma legítima restrição. A entrega dessa informação a uma pessoa pode permitir, por outro lado, que a informação circule na sociedade, de maneira que se possa conhecê-la, aceder a ela e valorá-la²⁹⁶. Dessa forma, o direito à liberdade de pensamento e de expressão contempla a proteção do direito de acesso à informação sob o controle do Estado, o qual também contém, de maneira clara, as duas dimensões, individual e social, do direito à liberdade de pensamento e de expressão, as quais devem ser garantidas pelo Estado de forma simultânea²⁹⁷.

293 Cf. Decreto N.º. 5.584, de 18 de novembro de 2005 (expediente de contestação à demanda, tomo I, anexo 2, folhas 5539 a 5540).

294 Cf. *O colegiamento obrigatório de jornalistas (artículos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A N.º. 5, par. 30; *Caso López Álvarez versus Honduras. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C N.º. 141, par. 163, e *Caso Claude Reyes e outros versus Chile. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C N.º. 151, par. 76.

295 Cf. *Caso Claude Reyes e outros*, supra nota 294, par. 76.

296 Cf. *Caso Claude Reyes e outros*, supra nota 294, par. 77.

297 Cf. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) versus Chile*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C N.º. 73, par. 67; *Caso López Álvarez*, supra nota 294, par. 163, e *Caso Claude Reyes e outros*, supra nota 294, par. 77.

198. A esse respeito, a Corte destacou a existência de um consenso regional dos Estados que integram a Organização dos Estados Americanos sobre a importância do acesso à informação pública. A necessidade de proteção do direito de acesso à informação pública foi objeto de resoluções específicas emitidas pela Assembleia Geral da OEA²⁹⁸, que “inst[ou] os Estados membros a que respeitem e façam respeitar o acesso de todas as pessoas à informação pública e [a] promover a adoção de disposições legislativas e de outro caráter que forem necessárias para assegurar seu reconhecimento e aplicação efetiva”²⁹⁹. Do mesmo modo, essa Assembleia Geral, em diversas resoluções, considerou que o acesso à informação pública é um requisito indispensável para o funcionamento mesmo da democracia, uma maior transparência e uma boa gestão pública, e que, em um sistema democrático representativo e participativo, a cidadania exerce seus direitos constitucionais por meio de uma ampla liberdade de expressão e de um livre acesso à informação³⁰⁰.
199. Por outro lado, a Corte Interamericana determinou que, em uma sociedade democrática, é indispensável que as autoridades estatais sejam regidas pelo princípio de máxima divulgação, que estabelece a presunção de que toda informação é acessível, sujeita a um sistema restrito de exceções³⁰¹.
200. Adicionalmente, este Tribunal também determinou que toda pessoa, inclusive os familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos, tem o direito de conhecer a verdade. Por conseguinte, os familiares das vítimas e a sociedade devem ser informados de todo o ocorrido com relação a essas violações³⁰². De igual maneira, o direito a conhecer a verdade também foi reconhecido em diversos instrumentos das Nações Unidas e pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos³⁰³.

298 Cf. *Caso Claude Reyes e outros*, *supra* nota 294, par. 78.

299 Assembleia Geral da OEA, Resolução AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), de 4 de junho de 2009, sobre “Acesso à Informação Pública: Fortalecimento da Democracia”, Ponto Resolutivo Segundo.

300 Cf. Assembleia Geral da OEA, Resoluções AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junho de 2003; AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04) de 8 de junho de 2004, AG/RES. 2121 (XXXV-O/05) de 7 de junho de 2005; AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junho de 2006, AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07) de 5 de junho de 2007, AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08) de 3 de junho de 2008, e AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de 4 de junho de 2009, todas elas sobre “Acesso à Informação Pública: Fortalecimento da Democracia”.

301 Cf. *Caso Claude Reyes e outros*, *supra* nota 294, par. 92.

302 Cf. *Caso 19 Comerciantes versus Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C, N.º. 109, par. 261; *Caso Carpio Nicolle e outros versus Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro 2004. Série C, N.º. 117, par. 128, e *Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C, N.º. 101, par. 274.

303 Cf. *inter alia*, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Estudo sobre o Direito à Verdade*, U.N. Doc. E/CN.4/2006/91 de 9 de janeiro de 2006; Assembleia Geral da OEA, Resoluções: AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06) de 6 de junho de 2006, AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07) de 5 de junho de 2007; AG/RES. 2406 (XXXVIII-O/08) de 3 de junho de 2008; AG/RES. 2509 (XXXIX-O/09) de 4 de junho de 2009, e AG/RES. 2595 (XL-O/10) de 12 de julho de 2010, e Relatório de Diane Orentlicher, Especialista independente encarregada de atualizar o Conjunto de princípios para a luta contra a impunidade (E/CN.4/2005/102) de 18 de fevereiro de 2005. No mesmo sentido, a antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, no Conjunto de Princípios atualizados para a proteção e a promoção humanos mediante a luta contra a impunidade de 2005, estabeleceu, *inter alia*, que: a) cada povo tem o direito inalienável de conhecer a verdade sobre os acontecimentos sucedidos no passado em relação à perpetração de crimes aberrantes (princípio 2); b) o Estado deve preservar

201. Por sua parte, a Corte Interamericana considerou o conteúdo do direito a conhecer a verdade em sua jurisprudência, em especial em casos de desaparecimento forçado. Desde o *Caso Velásquez Rodríguez*, o Tribunal afirmou a existência de um “direito dos familiares da vítima de conhecer qual foi seu destino e, se for o caso, onde se encontram seus restos”³⁰⁴. A Corte reconheceu que o direito dos familiares de vítimas de graves violações de direitos humanos de conhecer a verdade está compreendido no direito de acesso à justiça³⁰⁵. A Corte também considerou a obrigação de investigar como uma forma de reparação, ante a necessidade de remediar a violação do direito de conhecer a verdade no caso concreto³⁰⁶. De igual modo, no presente caso, o direito a conhecer a verdade se relaciona com a Ação Ordinária interposta pelos familiares, a qual se vincula com o acesso à justiça e com o direito a buscar e receber informação previsto no artigo 13 da Convenção Americana.
202. Finalmente, o Tribunal também estabeleceu que, em casos de violações de direitos humanos, as autoridades estatais não se podem amparar em mecanismos como o segredo de Estado ou a confidencialidade da informação, ou em razões de interesse público ou segurança nacional, para deixar de aportar a informação requerida pelas autoridades judiciais ou administrativas encarregadas da investigação ou de processos pendentes³⁰⁷. Do mesmo modo, quando se trata da investigação de um fato punível, a decisão de qualificar como sigilosa a informação e de negar sua entrega jamais pode depender exclusivamente de um órgão estatal a cujos membros seja atribuída a prática do ato ilícito³⁰⁸. Outrossim, tampouco pode ficar sujeita à sua discricionariedade a decisão final sobre a existência da documentação solicitada.

os arquivos e outras provas relativas a violações de direitos humanos e facilitar o conhecimento de tais violações, como medida encaminhada a preservar do esquecimento a memória coletiva e, em particular, evitar que surjam teses revisionistas e negacionistas (princípio 3); c) independentemente das ações que possam interpor perante a Justiça, as vítimas e suas famílias têm o direito imprescritível de conhecer a verdade acerca das circunstâncias nas quais se cometeram as violações e, em caso de falecimento ou desaparecimento, acerca do destino da vítima (princípio 4) e d) incumbe aos Estados adotar as medidas adequadas, incluídas as medidas necessárias para garantir o funcionamento independente e eficaz do poder judicial, para fazer efetivo o direito a saber. As medidas apropriadas para assegurar esse direito podem incluir processos não judiciais que complementem a função do poder judicial. Em todo caso, os Estados devem garantir a apresentação de arquivos relativos a violações de direitos humanos e a possibilidade de consultá-los. Cf. Conjunto de Princípios atualizados para a proteção e a promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade (E/CN.4/2005/102/Add.1), de 8 de fevereiro de 2005.

304 *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, supra nota 25, par. 181.

305 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, supra nota 25, par. 181; *Caso Kawas Fernández*, supra nota 188, par. 117, e *Caso Anzualdo Castro*, supra nota 122, par. 118.

306 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, supra nota 25, par. 181; *Caso Kawas Fernández*, supra nota 188, par. 117, e *Caso Anzualdo Castro*, supra nota 122, par. 118.

307 Cf. *Caso Myrna Mack Chang*, supra nota 302, par. 180; *Caso Tiu Tojín versus Guatemala. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2008. Série C, N.º. 190, par. 77, e *Caso Radilla Pacheco* supra nota 24, par. 258.

308 Cf. *Caso Myrna Mack Chang*, supra nota 302, par. 181.

D. AÇÕES JUDICIAIS E ACESSO À INFORMAÇÃO

203. A Corte pode pronunciar-se a respeito da atuação estatal referente à entrega de informação somente por fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998, data a partir da qual este Tribunal tem competência sobre alegadas violações à Convenção atribuídas ao Brasil (*supra* par 18).

1. Ação Ordinária N°. 82.0024682-5

204. Ao iniciar-se a competência temporal deste Tribunal, em 10 de dezembro de 1998, após 16 anos, o procedimento da Ação Ordinária se encontrava em trâmite (*supra* pars. 188 a 191). Nesse contexto, em 9 de abril de 1999, o Estado, por meio da Advocacia-Geral da União, apresentou um escrito no qual indicou que, como consequência de uma nova orientação empreendida a partir da consolidação do regime democrático, havia sido promulgada a Lei N°. 9.140/95, a qual reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 e criou a Comissão Especial que tinha, entre outras funções, a de realizar todos os esforços para localizar os corpos das pessoas desaparecidas. Indicou, ademais, que “restando comprovados [...] os esforços empreendidos pelo Governo Federal, por meio da Comissão Especial [...], não se concebe como plausível a existência de qualquer motivo para que a União, caso dispusesse realmente das informações necessárias à localização das sepulturas, se omitisse diante de um direito natural e inquestionável dos autores”. Igualmente considerou que “não havendo qualquer mínima prova razoável da existência de um suposto ‘relatório da [G]uerrilha do Araguaia’, apresenta-se a União absolutamente impossibilitada de atender ao respeitável despacho [...] que solicitou o encaminhamento do mencionado documento, que [...] não se sabe, nem mesmo, se um dia chegou realmente a existir”³⁰⁹. Concluiu que não se justificava a Ação Ordinária interposta, já que as pretensões dos autores haviam sido atendidas com o reconhecimento das mortes e a consequente emissão dos certificados de óbito, com base na Lei N°. 9.140/95, e que a única prestação específica que permaneceria pendente, a localização das sepulturas, seria materialmente impossível em vista dos trabalhos realizados no marco da referida lei³¹⁰.
205. Em sua sentença de 30 de junho de 2003, a Primeira Vara Federal indicou que “todavia não há que se falar em perda do objeto da presente ação em relação àqueles que

309 Escrito da União, de 9 de abril de 1999, dirigido à Primeira Vara Federal (expediente de anexos à demanda, tomo I, folha 120).

310 A Primeira Vara Federal emitiu uma sentença em 15 de março de 2000, na qual denegou o pedido da União realizado em seu escrito de 9 de abril de 1999 e indicou que “havendo sido requerido o mencionado relatório [...] a autoridade não atendeu a ordem, alegando que os [documentos] já estavam em [p]oder da P.G.R. Assim, o então ministro do Exército não negou a existência do relatório, como o fez a União”; e com base nisso, outorgou um prazo de 30 dias à União para que apresentasse o relatório, *cf.* Decisão da Primeira Vara Federal de 15 de março de 2000 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 19, folha 126).

foram contemplados pelo procedimento da Lei N.º. 9.140/95³¹¹, já que “o procedimento administrativo instaurado [por essa lei] não é capaz de satisfazer a pretensão dos autores, pois cuida-se de uma postulação muito mais abrangente, que abarca direitos fundamentalíssimos, como o direito à verdade ou o direito à proteção da família ou o direito a prestar aos extintos o culto de tradição, oferecendo-lhes digna morada eterna”³¹². Acrescentou que os dados com que se contava até o momento “corroboram as informações trazidas aos autos pelos autores, dão respaldo a suas alegações e confirmam suas inquietações. Vários são os testemunhos da existência da [G]uerrilha e do massacre dos guerrilheiros, não há como ignorar essa realidade”³¹³.

206. Igualmente, na mesma sentença, a juíza ressaltou que não cabe negar a importância histórica dos fatos do caso e que “tempos como aqueles, de [...] violação sistemática de direitos fundamentais, não devem ser esquecidos ou ignorados”³¹⁴. Indicou que “a informação prestada pela [União] é o que permitirá o acesso dos [a]utores aos restos mortais de seus familiares” e que “se o aparato estatal agir de maneira que violações de direitos humanos fiquem impunes e não se restabeleça a vítima (na medida do possível) na plenitude de seus direitos, o Estado viola suas obrigações convencionais no plano internacional”³¹⁵. Ressaltou que os fatos citados na Ação Ordinária constituem “gravíssimas violações de direitos humanos” e, aplicando jurisprudência deste Tribunal, determinou que a verdade sobre o ocorrido deveria ser relatada aos familiares de maneira pormenorizada, já que era seu direito saber o que realmente ocorreu³¹⁶. Como consequência do anterior, a juíza federal de Primeira Instância solicitou à União que suspendesse o sigilo e entregasse todas as informações relativas à totalidade das operações militares relacionadas com a Guerrilha³¹⁷.

207. Em 27 de agosto de 2003, o Estado Federal, por meio da Advocacia-Geral da União, interpôs uma apelação contra a referida decisão, na qual, *inter alia*, questionou o levantamento do sigilo dessas informações e reiterou que o pedido dos autores estava sendo atendido mediante a Lei N.º. 9.140/95³¹⁸. Informou também que a Comissão Especial, no marco de

311 Sentença da Primeira Vara Federal, de 30 de junho de 2003, *supra* nota 267, folha 164.

312 Sentença da Primeira Vara Federal, de 30 de junho de 2003, *supra* nota 267, folha 146.

313 Sentença da Primeira Vara Federal, de 30 de junho de 2003, *supra* nota 267, folha 144.

314 Sentença da Primeira Vara Federal, de 30 de junho de 2003, *supra* nota 267, folha 144.

315 Sentença da Primeira Vara Federal, de 30 de junho de 2003, *supra* nota 267, folha 145 e 149.

316 Cf. Sentença da Primeira Vara Federal, de 30 de junho de 2003, *supra* nota 267, folha 152 e 162.

317 Cf. Sentença da Primeira Vara Federal, de 30 de junho de 2003, *supra* nota 267, folha 178.

318 Cf. Recurso de Apelação Parcial de 27 de agosto de 2003, *supra* nota 268, folha 195.



aplicação da referida lei, “requisitou e recolheu documentos e informações provenientes das Forças Armadas e de outros órgãos públicos, além de ter realizado missões na Região do Araguaia para levantamento de informações e busca de restos mortais das pessoas desaparecidas”³¹⁹.

208. Em resposta a esse recurso, em 2 de dezembro de 2004, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região reconheceu a existência de “inúmeras evasivas das autoridades responsáveis pelas informações judicialmente solicitadas, ao longo do processo” e considerou “acertada [...] a solução adotada pela [Primeira Vara Federal], quando busca o amplo acesso a todos os dados relacionados com o evento histórico, como forma de viabilizar a localização dos despojos dos desaparecidos políticos, cujos parentes constam do polo ativo desta ação”. Concluiu que tal informação não necessariamente deve ser liberada de qualquer tipo de sigilo, mas que ela deve ser acessível aos familiares que a solicitaram³²⁰.
209. Em julho de 2009, a Advocacia da União aportou ao procedimento da Ação Ordinária informações sobre a Guerrilha do Araguaia, constantes de arquivos de diversas repartições estatais, em cumprimento à sentença proferida nesse procedimento (*supra* par. 192).
210. Da informação anterior, desprende-se que, em que pese o Estado ter alegado a implantação dos mecanismos estabelecidos na Lei Nº. 9.140/95, por meio dos quais, *inter alia*, haviam sido declarados mortos os desaparecidos na época da Guerrilha e havia iniciado a busca de seus restos, o certo é que essas atuações não atendiam aos requerimentos judiciais que lhe haviam sido formulados no marco da Ação Ordinária. Do mesmo modo, a Advocacia da União manifestou, durante o procedimento, a falta de prova sobre a existência de informação sobre a Guerrilha do Araguaia, como justificativa de sua impossibilidade de cumprir o solicitado, apesar de que, em 2009, aportou numerosa documentação obtida de diversas fontes em diferentes períodos (*supra* pars. 192 e 209). Chama a atenção do Tribunal que o Estado não tivesse procedido à entrega de toda a informação sob sua tutela quando lhe foi solicitada dentro do procedimento da Ação Ordinária³²¹, quando a Primeira Vara Federal lhe havia indicado que o objeto de tal

319 Recurso de Apelação Parcial de 27 de agosto de 2003, *supra* nota 268, folha 194.

320 Cf. Sentença do Tribunal Regional Federal, publicada em 14 de dezembro de 2004, *supra* nota 269, folhas 247, 248 e 252.

321 Além dos diferentes documentos e informações recolhidas, entre outros organismos, pela Comissão Especial e a Comissão Intermistrial, do acervo probatório existente no presente caso, se evidenciam outras fontes de documentação relacionadas com a Guerrilha; por exemplo, o Ministério da Defesa, em seu relatório oficial sobre a Guerrilha do Araguaia, indicou que em 1993 “foram enviados ao Ministério da Justiça três relatórios elaborados pelo Exército, Marinha e Força Aérea, os quais compilaram as informações disponíveis em relação a cada um dos desaparecidos no marco dessas Forças, entre eles os desaparecidos da Guerrilha do Araguaia”, Ministério da Defesa “*Informações sobre a Guerrilha do Araguaia*”, *supra* nota 81. Do mesmo modo, em 2006, a Marinha informou ao Ministro de Defesa que após “a realização de [outra] investigação no arquivo documental sob custódia [daquele] Comando, não [foram] encontrados documentos secretos que tenham sido produzidos ou [arquivados na época da Guerrilha]”, o que, indicou, “pode[m] ser resultado do fato que os dados

ação não podia ser alcançado com as atividades realizadas pelo Estado, em aplicação da referida Lei, já que estava em jogo, entre outros, o direito dos familiares das vítimas de aceder à informação. No mesmo sentido, a Corte destaca que, tendo o Estado indicado que, por meio da Comissão Especial, haviam sido coletados documentos e informações sobre a Guerrilha do Araguaia (*supra* par. 207), não entregou informação ao Juiz da Ação Ordinária senão em 2009.

211. A critério deste Tribunal, o Estado não pode amparar-se na falta de prova da existência dos documentos solicitados. Ao contrário, deve fundamentar a negativa em prestar a informação, demonstrando que adotou todas as medidas a seu alcance para comprovar que, efetivamente, a informação solicitada não existia. É essencial que, para garantir o direito à informação, os poderes públicos atuem de boa-fé e realizem diligentemente as ações necessárias para assegurar a efetividade desse direito, especialmente quando se trata de conhecer a verdade do ocorrido, em casos de violações graves de direitos humanos, como os desaparecimentos forçados e a execução extrajudicial do presente caso. Alegar, ante um procedimento judicial, como o aqui analisado, a falta de prova sobre a existência de certa informação, sem haver indicado ao menos quais foram as diligências realizadas para confirmar ou não sua existência, possibilita a atuação discricionária e arbitrária do Estado de facilitar ou não determinada informação, gerando com isso insegurança jurídica a respeito do exercício desse direito. Cabe destacar que a Primeira Vara Federal ordenou à União, em 30 de junho de 2003, a entrega dos documentos em um prazo de 120 dias. Apesar disso, passaram-se seis anos, durante os quais a União interpôs vários recursos até que essa entrega se fez efetiva, o que resultou na vulnerabilidade dos familiares das vítimas e afetou seu direito de receber informação e de conhecer a verdade sobre o ocorrido.
212. Com fundamento nas considerações precedentes, a Corte conclui que o Estado violou o direito de buscar e receber informação consagrado no artigo 13 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 do mesmo instrumento, em prejuízo dos senhores e senhoras Julia Gomes Lund, Maria Leonor Pereira Marques, Antonio Pereira de Santana, Elza Pereira Coqueiro, Alzira Costa Reis, Victória Lavínia Grabois Olímpio, Roberto Valadão, Julieta Petit da Silva, Aminthas Aranha (ou Aminthas Rodrigues Pereira),

então existentes nos arquivos desta instituição foram enviados ao Ministério de Justiça, mediante a Nota N.º 24, de 5 de fevereiro de 1993, do então Ministro da Marinha, fatos incluídos no Relatório da Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos, elaborado pelo Ministério de Justiça em 2001; ofício da Marinha do Brasil dirigido ao Ministro de Estado da Defesa em 15 de março de 2006 (expediente de anexos às alegações finais escritos do Estado, anexo 24, folha 9168). No relatório de 10 de julho de 2009, apresentado pela União ao procedimento da Ação Ordinária, se indica que “[e]m atenção às deliberações da Comissão Interministerial, as Forças Armadas elaboraram relatórios baseados em rigorosos procedimentos de investigação iniciados para recolher informações sobre a Guerrilha do Araguaia e sobre os possíveis locais de enterro dos desaparecidos políticos que dela participaram [...]”; no mesmo sentido, “[e]m 8 março de 2007, apresentou o Relatório Final da Comissão Interministerial [que inclui] especialmente [...] os relatórios das Forças Armadas elaborados em 1993 [...]”; escrito da Advocacia-Geral da União de 10 de julho de 2009, *supra* nota 274, folhas 3230 e 3233.

Zélia Eustáquio Fonseca, Acary Vieira de Souza Garlippe, Luiza Monteiro Teixeira e Elza da Conceição de Oliveira (ou Elza Conceição Bastos).

213. Por outra parte, o Tribunal conta com informação de que quatro familiares indicados como supostas vítimas que interpuseram a Ação Ordinária faleceram antes de 10 de dezembro de 1998. A respeito dessas pessoas, o Tribunal não fará nenhuma declaração de responsabilidade estatal devido à regra de competência temporal. Adicionalmente, a Corte conta com informação a qual indica que outros cinco familiares que interpuseram a ação faleceram, apesar de que do acervo probatório não se depreende de maneira conclusiva suas respectivas datas de falecimento. Em relação a essas pessoas, o Tribunal dispôs (*supra* par. 181) que seus familiares ou seus representantes legais devem apresentar à Corte, em um prazo de seis meses contados a partir da notificação da presente Sentença, a documentação que comprove que a data de falecimento é posterior a 10 de dezembro de 1998, a efeitos de confirmar sua condição de vítimas no presente caso, em conformidade com os critérios antes expostos³²².

2. Ação Civil Pública

214. A respeito da Ação Civil Pública (*supra* par. 193), a Corte observa que a mesma e a Ação Ordinária têm por fim a apresentação de toda a informação relativa às operações militares contra a Guerrilha do Araguaia (*supra* pars. 188 e 193). Ambas as ações foram decididas em primeira instância e confirmadas por tribunais superiores e, a respeito da Ação Civil Pública, o Estado solicitou ao Supremo Tribunal Federal que desestime seu próprio recurso, ficando pendente sua decisão (*supra* par. 186).
215. Embora os objetos dessas ações sejam similares, a sentença de primeira instância ditada no procedimento da Ação Civil Pública, e confirmada pelo Tribunal Regional Federal, refere-se à exibição reservada de documentos “em uma audiência secreta”, com a presença exclusiva de representantes do Ministério Público Federal e do Ministério da Defesa, motivo pelo qual não garante o acesso das vítimas a esses documentos. Desse modo, mesmo que eventualmente se chegasse a implementar a decisão do juiz de primeira instância, seu efeito não atenderia aos requisitos do artigo 13 da Convenção Americana.
216. Adicionalmente, o Tribunal observa que, não obstante a falta de uma decisão final sobre a Ação Civil Pública (*supra* par. 214), o ordenado até o momento está materialmente

322 As pessoas que faleceram antes que o Brasil reconhecesse a competência contenciosa deste Tribunal são Lulita Silveira e Silva, Cyrene Moroni Barroso, Edwin Costa e Walter Pinto Ribas. Por outra parte, as pessoas que se encontram falecidas, e cuja data de óbito não foi precisada, são Ermelinda Mazzaferro Bronca, Rosalvo Cipriano de Souza, Helena Pereira dos Santos, Eloá Cunha Brum e Consueto Ferreira Callado (*supra* notas 255 e 256).

compreendido nos pontos resolutivos da sentença da Ação Ordinária, de modo que o objeto da sentença da Ação Civil Pública se cumpriria nos autos da Ação Ordinária. Do mesmo modo, trata-se de uma ação que não podia ser interposta pelas vítimas, razão pela qual o Tribunal considera que ela não é adequada para garantir o direito dos familiares a buscar e a receber informação. Por esse motivo, não fará considerações adicionais a respeito.

3. Notificação Judicial

217. A Notificação Judicial (*supra* par. 194) foi apresentada com o objetivo de que as autoridades a quem era dirigida procedessem à desclassificação de documentos sigilosos que interessavam aos familiares dos mortos e desaparecidos políticos para conhecer a verdade e localizar os restos mortais de seus entes queridos, bem como possibilitar ao Ministério Público Federal o acesso a seu conteúdo para promover as medidas que todavia fossem possíveis para responsabilizar os violadores de direitos humanos durante a ditadura militar³²³.
218. A Corte salienta que, a respeito dessa ação, não conta com informação posterior a sua apresentação dentro do acervo probatório. Do mesmo modo, segundo a legislação processual civil do Estado, esse tipo de petição se dirige a um juiz com a finalidade de “prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal [...] e requerer que do mesmo se intime a quem de direito”³²⁴. Além de representar a notificação formal de uma pretensão, a Corte não conta com elementos suficientes que lhe permita corroborar os efeitos dessa ação, nem mesmo se ela gera obrigações de agir às autoridades a quem foi dirigida. Com base no exposto, o Tribunal não fará considerações adicionais a esse respeito.

E. PRAZO DA AÇÃO ORDINÁRIA

219. Este Tribunal salientou que o direito de acesso à justiça deve assegurar, em um prazo razoável, o direito das supostas vítimas ou de seus familiares a que se faça todo o necessário para conhecer a verdade do ocorrido e, se for o caso, sancionar os responsáveis³²⁵. A falta de razoabilidade no prazo de andamento de um processo judicial constitui, em princípio,

323 Notificação Judicial, *supra* nota 286, folha 351.

324 Artigo 867 do Código de Processo Civil brasileiro indica que essa petição tem por objetivo “prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal”.

325 Cf. *Caso Bulacio versus Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C, N° 100, par. 114; *Caso Garibaldi*, *supra* nota 18, par. 113; e *Caso do Massacre dos Dois Erres*, *supra* nota 186, par. 105.

- por si mesma, uma violação das garantias judiciais³²⁶. A esse respeito, a Corte considerou quatro elementos para determinar a razoabilidade do prazo: a) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; c) a conduta das autoridades judiciais³²⁷ e d) a afetação provocada na situação jurídica da pessoa implicada no processo³²⁸.
220. A Corte observa que o atraso do andamento e cumprimento da Ação Ordinária não pode ser justificado em razão da complexidade do assunto. Com efeito, no presente caso, a Ação Ordinária tinha como objeto, no que aqui interessa, o acesso a documentos oficiais sobre as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia. Quanto ao acesso à informação em poder do Estado, o Tribunal considera que não se trata de uma solicitação de maior complexidade, cuja resposta pudesse justificar uma ampla dilação. A Ação Ordinária foi interposta em 1982 e a sentença de primeira instância foi proferida em 2003, ou seja, 21 anos depois. Por outro lado, desde a prolação dessa decisão até que o Estado iniciasse seu cumprimento, em 2009, transcorreram seis anos.
221. Quanto ao segundo dos elementos a serem considerados, a atividade processual dos familiares, é evidente que, em nenhum momento, eles tentaram obstruir o processo judicial, nem muito menos protelar qualquer decisão a respeito; pelo contrário, participaram desse processo em diferentes momentos com o propósito de avançar na solução do processo judicial³²⁹. Portanto, os familiares que interpuseram a Ação Ordinária em nenhum momento entorpeceram seu andamento.
222. Com respeito à conduta das autoridades nos procedimentos judiciais, em 10 de dezembro de 1998, data em que o Brasil reconheceu a competência do Tribunal, encontrava-se pendente de decisão um recurso do Estado, opondo-se a uma determinação do juiz de primeira instância para que prestasse informações sobre a Guerrilha do Araguaia. Entretanto, logo após uma apelação e outros recursos interpostos pelo Estado, os quais foram rejeitados pelos tribunais superiores (*supra* pars. 191, 204 a 208), a decisão adquiriu força de coisa julgada em 9 de outubro de 2007 (*supra* par. 191). Os expedientes tardaram

326 Cf. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros versus Trinidad e Tobago. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C, N.º. 94, par. 145; *Caso Valle Jaramillo e outros versus Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C, N.º. 192, par. 154, e *Caso Garibaldi, supra* nota 18, par. 133.

327 Cf. *Caso Genie Lacayo versus Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C, N.º. 30, par. 77; *Caso Radilla Pacheco, supra* nota 24, par. 244, e *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek versus Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C, N.º. 214, par. 133.

328 Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros, supra* nota 326, par. 155; *Caso Radilla Pacheco, supra* nota 24, par. 244, e *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek, supra* nota 327, par. 133.

329 Cf. *inter alia*: Escrito dos autores em resposta ao recurso da União, remetido em 28 de outubro de 2003 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 5, folhas 3901 a 3940); escrito de petição de 17 de novembro de 2004 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 7, folhas 3954 a 3963); escrito dos autores em resposta ao recurso da União remetido em 4 de maio de 2007 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 19, folhas 4058 a 4072), e escrito dos autores de 8 de julho de 2008 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 7, folhas 4079 a 3963).

mais de sete meses para retornar, em maio de 2008, ao juiz de primeira instância a fim de iniciar a execução da sentença³³⁰. Finalmente, apesar dessa decisão firme, a execução da sentença teve início 18 meses depois, em 12 de março de 2009 (*supra* par. 191). Embora a autoridade judicial tenha ordenado a entrega de documentação, o Estado Federal requerido não a forneceu, com base em distintos argumentos e interpondo numerosos recursos, sendo a documentação, finalmente, entregue vários anos depois de solicitada. Com efeito, a Corte observa que, durante o trâmite da Ação Ordinária, o Estado afirmou, em 1999, que “não havia qualquer mínima prova razoável da existência de um suposto `relatório da [G]uerrilha do Araguaia” e, em abril de 2000, o Ministério da Defesa informou sobre a inexistência do referido relatório (*supra* par. 191), apesar de que, em julho de 2009, a União apresentou numerosa documentação sobre a Guerrilha do Araguaia (*supra* pars. 192 e 210).

223. Quanto à afetação provocada pela duração do procedimento na situação jurídica das pessoas nele envolvidas, como já o fez em casos anteriores³³¹, o Tribunal não considera necessário analisar esse elemento para determinar a razoabilidade ou não do prazo da Ação Ordinária interposta no presente caso.
224. O Tribunal constata que, contado a partir de 10 dezembro de 1998, o lapso de nove anos transcorridos até a data em que a Sentença transitou em julgado, em 9 de outubro de 2007, e de 11 anos até que se ordenou sua execução, em 12 de março de 2009, ultrapassou excessivamente um prazo que pudesse ser considerado razoável.
225. A Corte Interamericana, por conseguinte, conclui que a Ação Ordinária no presente caso excedeu o prazo razoável e, por esse motivo, o Brasil violou os direitos às garantias judiciais estabelecidos no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 13 e 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo das pessoas determinadas conforme aos parágrafos 212 e 213 da presente Sentença.

F. MARCO NORMATIVO

226. A Comissão e os representantes se referiram, nos respectivos escritos, à incompatibilidade entre o Direito interno e a Convenção Americana no que se refere ao direito à informação. No entanto, não demonstraram concretamente os fatos nos quais o marco normativo fora o fundamento das alegadas restrições ao acesso à informação. Este Tribunal observa

330 Cf. Informação da Primeira Vara Federal, processo 82.00.24682-5. Disponível em <http://processual.trf1.jus.br>, último acesso em 8 de outubro de 2010.

331 Cf. *Caso Kawas Fernández*, *supra* nota 188, par. 115, e *Caso Garibaldi*, *supra* nota 18, par. 138.

- que, de todas as normas indicadas pelas partes, somente se aplicou ao caso, no que interessa, a Lei Nº. 8.159/91, a qual constituiu a base jurídica utilizada pelos órgãos judiciais para solicitar ao Estado a prestação de informações sobre a Guerrilha do Araguaia no procedimento da Ação Ordinária. O Brasil não baseou a negação de informação sobre a guerrilha em nenhuma restrição estabelecida na lei, mas sim na suposta inexistência dessa informação e na alegada perda do objeto dessa ação, dada a promulgação da Lei Nº. 9.140/95.
227. Devido à falta de aplicação, no presente caso, de outras leis e decretos referidos pela Comissão e pelos representantes na Ação Ordinária interposta pelos familiares, o Tribunal não considera necessário realizar uma análise da normativa existente no Brasil sobre o direito de acesso à informação. Sem prejuízo do anterior, o Tribunal observa que o Estado informou sobre o Projeto de Lei Nº. 5.228/09, apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, o qual reformaria substancialmente o marco normativo que regulamenta esse direito. Esse projeto estabelece, *inter alia*, que “não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais” e que “as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos, praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas, não poderão ser objeto de restrição de acesso”³³². Por sua vez, os representantes se pronunciaram positivamente sobre esse projeto, salientando que este “é bem-vindo” e que se deve agilizar sua aprovação pelo Congresso Nacional.
228. A Corte valoriza a iniciativa do Estado de remeter um projeto de lei com a finalidade de otimizar e fortalecer o marco normativo do direito à liberdade de pensamento e de expressão, estabelecido no artigo 13 da Convenção Americana, em relação com o direito de aceder à informação pública em poder do Estado. O Tribunal considera que os Estados, para garantir adequadamente o direito de buscar e de receber informação pública sob seu controle, devem adotar as medidas necessárias, entre outras, a aprovação de legislação cujo conteúdo seja compatível com o artigo 13 da Convenção Americana e com a jurisprudência deste Tribunal. Igualmente, esse direito supõe a obrigação do Estado de incorporar ao seu ordenamento jurídico um recurso efetivo e idôneo, que possa ser exercido pelos cidadãos para resolver eventuais controvérsias.
229. Isso posto, o direito de aceder à informação pública em poder do Estado não é um direito absoluto, podendo estar sujeito a restrições. No entanto, estas devem, em primeiro lugar, estar previamente fixadas por lei – no sentido formal e material – como meio de

³³² Artigo 16 do Projeto de Lei Nº. 5228/09, que regulamenta o acesso à informação, de 5 de maio de 2009 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo III, anexo 18, folha 366).

assegurar que não fiquem ao arbítrio do poder público. Em segundo lugar, as restrições estabelecidas por lei devem responder a um objetivo permitido pelo artigo 13.2 da Convenção Americana, ou seja, devem ser necessárias para assegurar “o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas” ou “a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou da moral públicas”. As limitações que se imponham devem ser necessárias em uma sociedade democrática e orientadas a satisfazer um interesse público imperativo. Isso implica que, de todas as alternativas, devem ser escolhidas aquelas medidas que restrinjam ou interfiram, na menor medida possível, no efetivo exercício do direito de buscar e de receber a informação³³³.

230. Adicionalmente, para garantir o exercício pleno e efetivo desse direito, é necessário que a legislação e a gestão estatal sejam regidas pelos princípios de boa-fé e de máxima divulgação, de modo que toda a informação em poder do Estado se presuma pública e acessível, submetida a um regime limitado de exceções. Igualmente, toda negação de informação deve ser motivada e fundamentada, correspondendo ao Estado o ônus da prova referente à impossibilidade de revelar a informação e, ante a dúvida ou o vazio legal, deve prevalecer o direito de acesso à informação³³⁴. Por outro lado, a Corte recorda o indicado sobre a obrigação das autoridades estatais de não se amparar em mecanismos, como o segredo de Estado ou a confidencialidade da informação, em casos de violações de direitos humanos (*supra* par. 202).

231. Igualmente, a Corte destaca a obrigação de garantir a efetividade de um procedimento adequado para a tramitação e resolução das solicitações de informação que fixe prazos para resolver e entregar a informação e que se encontre sob a responsabilidade de funcionários devidamente capacitados³³⁵. Finalmente, ante a recusa de acesso a determinada informação sob seu controle, o Estado deve garantir que exista um recurso judicial simples, rápido e efetivo que permita determinar se houve uma violação do direito de acesso à informação e, se for o caso, ordenar ao órgão correspondente proceda à entrega da mesma³³⁶.

333 Cf. *Opinião Consultiva OC-5/85*, *supra* nota 294, par. 46; *Caso Ricardo Canese versus Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2004. Serie C, N.º. 111, par. 96, e *Caso Palamara Iribarne versus Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Serie C, N.º. 135, par. 85.

334 Cf. CIDH. *O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano*, Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, 2010.

335 Cf. *Caso Claude Reyes*, *supra* nota 294, par. 163.

336 Cf. *Caso Claude Reyes*, *supra* nota 294, par. 137.

X. DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL EM RELAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS

A. ALEGAÇÕES DAS PARTES

232. A Comissão alegou que a violação à integridade psíquica e moral dos familiares das vítimas é consequência direta dos desaparecimentos forçados e da certeza da morte da pessoa executada. Os familiares que realizaram as primeiras expedições de busca dos desaparecidos na região reclamam da falta de investigação penal dos fatos e de esclarecimento das circunstâncias dos desaparecimentos e da execução de seus entes queridos, em virtude da aplicação da Lei de Anistia, assim como de outras normas que impediram o acesso aos documentos oficiais. Os indícios de que, anteriormente à execução, os desaparecidos foram torturados e de que alguns teriam sido decapitados causaram grave dano aos familiares. Do mesmo modo, a respeito da vítima cujos restos foram identificados em 1996, o sofrimento dos familiares foi agravado até que foi reconhecida, e continua na medida em que se desconhecem as circunstâncias da morte e os responsáveis permanecem impunes. A ausência, a falta de justiça e informação, passados mais de 30 anos dos fatos, bem como a omissão das autoridades, provocaram nos familiares um estado de desassossego, intranquilidade, falta de confiança, desesperança, impotência e angústia, vulnerando gravemente sua estabilidade emocional e seu direito à integridade pessoal. Com base no exposto, a Comissão alegou que o Estado violou o direito à integridade pessoal, estabelecido no artigo 5 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo tratado, em prejuízo de determinados familiares das supostas vítimas desaparecidas e daquela executada.
233. Os representantes coincidiram, substancialmente, com as alegações da Comissão, acrescentando que, até a presente data, os familiares não puderam recuperar os restos mortais de seus entes queridos e dar-lhes o devido sepultamento. Somado a isso, a despeito das reclamações e das iniciativas judiciais e administrativas para esclarecer os fatos, há uma recusa sistemática das autoridades em revelar as informações que supostamente estão contidas nos arquivos oficiais em relação aos acontecimentos do presente caso, causando danos à sua integridade psíquica e emocional. Diante do exposto, alegaram que o Estado violou o artigo 5 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo tratado, em detrimento dos familiares das vítimas.

234. O Estado salientou que, desde o início do processo de redemocratização, fez muito para sanar o sofrimento dos familiares das vítimas e para revelar os fatos históricos do período anterior. Também alegou que executou, entre outras, ações para efetuar pagamentos de indenização aos familiares das vítimas, para localizar e identificar os restos mortais das vítimas da repressão e para garantir o direito à memória e à verdade.

B. CONSIDERAÇÕES DA CORTE

235. A Corte considerou em numerosos casos que os familiares das vítimas de violações dos direitos humanos podem ser, ao mesmo tempo, vítimas³³⁷. A esse respeito, este Tribunal considerou que se pode presumir um dano à integridade psíquica e moral dos familiares diretos de vítimas de certas violações de direitos humanos, aplicando uma presunção *juris tantum* a respeito de mães e pais, filhas e filhos, esposos e esposas, companheiros e companheiras permanentes (doravante “familiares diretos”), sempre que corresponda às circunstâncias particulares do caso. No caso desses familiares diretos, cabe ao Estado descaracterizar essa presunção³³⁸. Nos demais casos, o Tribunal deverá analisar se na prova que consta do expediente se comprova alguma afetação à integridade pessoal da suposta vítima. A respeito das pessoas sobre as quais o Tribunal não presumirá dano à sua integridade pessoal por não serem familiares diretos, a Corte avaliará, por exemplo, se existe um vínculo particularmente estreito entre eles e as vítimas do caso que permita estabelecer uma afetação à sua integridade pessoal e, por conseguinte, uma violação do artigo 5 da Convenção. O Tribunal também poderá avaliar se as supostas vítimas participaram da busca de justiça no caso concreto³³⁹ ou se passaram por sofrimentos próprios, em consequência dos fatos do caso ou em razão das posteriores ações ou omissões das autoridades estatais frente a esses fatos³⁴⁰.
236. Desse modo, o Tribunal presume a violação do direito à integridade pessoal dos familiares diretos de Maria Lúcia Petit da Silva e das pessoas desaparecidas, a respeito de quem o Estado não descaracterizou essa presunção nem realizou menções específicas³⁴¹.

337 Cf. *Caso Castillo Páez versus Peru. Mérito*. Sentença de 3 de novembro de 1997. Série C, N° 34, Ponto Resolutivo Quarto; *Caso Chitay Nech e outros, supra nota 25, par. 220*; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña supra nota 24, par. 126*.

338 Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros, supra nota 326, par. 119*; *Caso Chitay Nech e outros versus Guatemala, supra nota 25, par. 220*; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 24, par. 127*.

339 Cf. *Caso Bámaca Velásquez. Mérito*. Sentença de 25 de novembro de 2000. Serie C, N° 70, par. 63; *Caso Kawas Fernández, supra nota 188, par. 129*; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 24, par. 127*.

340 Cf. *Caso Blake versus Guatemala. Mérito*. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Serie C N° 36, par. 114; *Caso Manuel Cepeda Vargas, supra nota 18, par. 195*; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 24, par. 127*.

341 Os familiares diretos considerados vítimas, para efeitos deste caso, são os senhores e as senhoras Zélia Eustáquio Fonseca, Alzira Costa Reis, Victória Lavínia Grabois Olímpio, Criméia Alice Schmidt de Almeida, João Carlos Schmidt de Almeida, Luiza Monteiro Teixeira, João Lino da Costa, Benedita Pinto Castro, Odila Mendes Pereira, José Pereira, Luiza Gurjão Farias, Junília Soares Santana, Antonio Pereira de Santana, Elza da Conceição Oliveira (ou Elza Conceição Bastos), Viriato Augusto Oliveira, Maria Gomes dos Santos, Rosa Cabello Maria

237. Quanto aos irmãos e a outros familiares indicados pela Comissão no seu relatório do artigo 50 e no escrito da demanda³⁴², a Corte observa que, conforme sua jurisprudência, não são considerados familiares diretos, razão pela qual não se pode presumir uma afetação à sua integridade nos termos do artigo 5.1 da Convenção Americana. Consequentemente, o Tribunal deve valorar a prova aportada para tal efeito³⁴³.
238. Com base nas declarações testemunhais, no parecer pericial e em outros documentos que constam do expediente, o Tribunal considera demonstrado que, a respeito dos familiares não diretos, ocorreu alguma ou várias das seguintes circunstâncias: a) entre eles e as vítimas desaparecidas existia um estreito vínculo, inclusive, em alguns casos, essas pessoas, juntamente com os pais e demais irmãos, constituíam um só núcleo familiar³⁴⁴; b) engajaram-se em diversas ações, tais como a busca de justiça ou de informação sobre seu paradeiro, mediante iniciativas individuais ou formando diferentes grupos, participando em expedições de investigação aos lugares dos fatos ou na interposição de procedimentos perante a jurisdição interna ou internacional³⁴⁵; c) o desaparecimento

(ou Rosa Olímpio Cabello), Igor Grabois Olímpio, Julia Gomes Lund, Carmem Navarro, Gerson Menezes Magalhães, Aminthas Aranha (ou Aminthas Rodrigues Pereira), Julieta Petit da Silva, Ilma Hass, Osoria Calatrone, Clotíldio Calatrone, Isaura de Souza Patrício, Joaquim Patrício, Elena Gibertini Castiglia, Jardilina Santos Moura, Joaquim Moura Paulino, José Vieira de Almeida, Acary V. de S. Garlippe, Dora Grabois, Agostim Grabois, Rosana Moura Momente, Maria Leonor Pereira Marques, Otilia Mendes Rodrigues, Francisco Alves Rodrigues, Celeste Durval Cordeiro, Luiz Durval Cordeiro, Aidinalva Dantas Batista, Elza Pereira Coqueiro e Odete Afonso Costa.

342 Os familiares não diretos corretamente indicados pela Comissão são os senhores e as senhoras Angela Harkavy, José Dalmo Ribeiro Ribas, Maria Eliana de Castro Pinheiro, Roberto Valadão, Diva Soares Santana, Getúlio Soares Santana, Dilma Santana Miranda, Dinorá Santana Rodrigues, Dirceneide Soares Santana, Terezinha Souza Amorim, Aldo Creder Corrêa, Helenalda Resende de Souza Nazareth, Laura Petit da Silva, Clovis Petit de Oliveira, Lorena Moroni Girão Barroso, Breno Moroni Girão, Ciro Moroni Girão, Sônia Maria Haas, Elizabeth Silveira e Silva, Maristella Nurchis, Valeria Costa Couto, Helenice Resende de Souza Nazareth, Helenilda Resende de Souza Nazareth, Helenoira Resende de Souza Nazareth, Wladimir Neves da Rocha Castiglia, Luiz Carlos Silveira e Silva e Luiz Paulo Silveira e Silva. Não obstante o fato de a senhora Heleneide Resende de Souza Nazareth ter sido indicada como suposta vítima pela Comissão, a Corte observa que no expediente consta informação de que seu falecimento ocorreu na década de 1980 (*supra* nota 256).

343 Cf. *Caso Kawas Fernández*, *supra* nota 188, par. 135.

344 Cf. Declaração rendida pela senhora Laura Petit da Silva na audiência pública realizada em 20 de maio de 2010; declaração rendida pela senhora Elizabeth Silveira e Silva na audiência pública realizada em 20 de maio de 2010, na qual se referiu também a seus irmãos; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Diva Soares Santana, em 10 de abril de 2010 (expediente de mérito, tomo IV, folha 1531); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Aldo Creder Corrêa (expediente de mérito, tomo IV, folhas 1599 e 1604); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Clovis Petit de Oliveira, em 12 de abril de 2010 (expediente de mérito, tomo IV, folhas 1609, 1615 e 1621); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dilma Santana Miranda (expediente de mérito, tomo IV, folha 1628); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dinorá Santana Rodrigues (expediente de mérito, tomo IV, folha 1632); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dirceneide Soares Santana (expediente de mérito, tomo IV, folha 1642); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Helenalda Resende de Souza Nazareth, na qual se referiu também a suas irmãs (expediente de mérito, tomo IV, folha 1651); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Lorena Moroni Girão Barroso, na qual se referiu também a seus irmãos (expediente de mérito, tomo IV, folha 1667); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maria Eliana de Castro Pinheiro (expediente de mérito, tomo IV, folha 1681); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maristella Nurchis (expediente de mérito, tomo IV, folha 1685); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Sônia Maria Haas (expediente de mérito, tomo IV, folha 1704); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Terezinha Souza Amorim (expediente de mérito, tomo IV, folhas 1714 e 1715) e depoimento prestado perante tabelião público pela senhora Valéria Costa Couto (expediente de mérito, tomo IV, folha 1722).

345 Cf. Declaração rendida pela senhora Laura Petit da Silva na audiência pública, *supra* nota 344; declaração rendida pela senhora Elizabeth Silveira e Silva na audiência pública, *supra* nota 344; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Diva Soares Santana, *supra* nota 344, folhas 1535 a 1538; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Aldo Creder Corrêa, *supra* nota 344, folhas 1601, 1602 e 1606; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Clovis Petit de Oliveira, *supra* nota 344, folha 1612 e 1618; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dinorá Santana Rodrigues, *supra* nota 344, folha 1634; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dirceneide Soares Santana, *supra* nota 344, folha 1643; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor José Dalmo Ribeiro Ribas (expediente de mérito, tomo IV, folha 1662); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Lorena Moroni Girão Barroso, *supra* nota 344, folhas 1672 e 1673; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Elena Gibertini Castiglia, na qual se referiu a seu neto (expediente de mérito, tomo IV,

de seus irmãos provocou sequelas físicas e emocionais³⁴⁶; d) os fatos afetaram suas relações sociais, além de terem causado uma ruptura na dinâmica familiar³⁴⁷; e) os danos experimentados foram agravados pelas omissões do Estado, diante da falta de informação e investigação sobre os fatos e a negação de acesso aos arquivos do Estado³⁴⁸ e f) a falta de determinação do paradeiro de seus irmãos manteve latente a esperança de encontrá-los, ou ainda, a falta de identificação de seus restos mortais impediu a eles e suas famílias de sepultá-los dignamente, alterando desse modo seu processo de luto e perpetuando o sofrimento e a incerteza³⁴⁹.

folha 1645); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maria Eliana de Castro Pinheiro, *supra* nota 344, folha 1682; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Sônia Maria Haas, *supra* nota 344, folhas 1705 e 1708 a 1711; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Terezinha Souza Amorim, *supra* nota 346, folhas 1715 e declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Valéria Costa Couto, *supra* nota 344, folha 1725. Angela Harkavy participou como petionária do caso perante a Comissão Interamericana a partir de 10 de dezembro de 1997, mantendo essa qualidade durante todo o tramite, e o senhor Roberto Valadão foi petionário na Ação Ordinária 82.0024682-5, mantendo essa qualidade até o presente.

346 Cf. Declaração rendida pela senhora Laura Petit da Silva na audiência pública, *supra* nota 344; declaração rendida pela senhora Elizabeth Silveira e Silva na audiência pública, na qual se referiu também a seus irmãos, *supra* nota 344; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Diva Soares Santana, *supra* nota 344, folha 1533; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Clovis Petit de Oliveira, *supra* nota 344, folha 1612; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Aldo Creder Corrêa, *supra* nota 344, folhas 1602, 1603 e 1605; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dinorá Santana Rodrigues, *supra* nota 346, folha 1634; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dirceneide Soares Santana, *supra* nota 346, folha 1643; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Helenalda Resende de Souza Nazareth, *supra* nota 344, folhas 1652 a 1654; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Lorena Moroni Girão Barroso, *supra* nota 344, folhas 1670, 1671 e 1674; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maria Eliana de Castro Pinheiro, *supra* nota 344, folha 1682; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Sônia Maria Haas, *supra* nota 344, folhas 1706 e 1708; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Terezinha Souza Amorim, *supra* nota 346, folha 1715, e declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Valéria Costa Couto, *supra* nota 344, folha 1726.

347 Cf. Declaração rendida pela senhora Laura Petit da Silva na audiência pública, *supra* nota 344; declaração rendida pela senhora Elizabeth Silveira e Silva na audiência pública, *supra* nota 344; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Diva Soares Santana, *supra* nota 344, folha 1532; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Aldo Creder Corrêa, *supra* nota 344, folhas 1601 e 1603; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Clovis Petit de Oliveira, *supra* nota 344, folhas 1613 e 1616; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dilma Santana Miranda, *supra* nota 344, folha 1630; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dirceneide Soares Santana, *supra* nota 344, folha 1643; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Lorena Moroni Girão Barroso, *supra* nota 344, folha 1674; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maria Eliana de Castro Pinheiro, *supra* nota 344, folha 1682; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Sônia Maria Haas, *supra* nota 344, folha 1682; e declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Valéria Costa Couto, *supra* nota 344, folha 1724.

348 Cf. Declaração rendida pela senhora Laura Petit da Silva na audiência pública, *supra* nota 344; declaração rendida pela senhora Elizabeth Silveira e Silva na audiência pública, *supra* nota 344; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Diva Soares Santana, *supra* nota 344, folha 1533; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Aldo Creder Corrêa, *supra* nota 344, folha 1603; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Clovis Petit de Oliveira, *supra* nota 344, folhas 1613 e 1614; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dinorá Santana Rodrigues, na qual indica também o sofrimento da família pela falta esclarecimento dos fatos por parte do Estado, *supra* nota 344, folha 1634; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dirceneide Soares Santana, *supra* nota 344, folha 1643; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Helenalda Resende de Souza Nazareth, *supra* nota 344, folha 1654; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor José Dalmo Ribeiro Ribas, *supra* nota 345, folha 1663; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Lorena Moroni Girão Barroso, *supra* nota 344, folha 1675; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maria Eliana de Castro Pinheiro, *supra* nota 344, folha 1682; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Sônia Maria Haas, *supra* nota 344, folhas 1710 a 1712; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maristella Nurchis, *supra* nota 344, folha 1685; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Terezinha Souza Amorim, *supra* nota 344, folha 1715. O senhor Roberto Valadão foi petionário da Ação Ordinária N°. 82.0024682-5, mantendo essa qualidade até o presente, *supra* nota 345.

349 Cf. Declaração rendida pela senhora Laura Petit da Silva na audiência pública, *supra* nota 344; declaração rendida pela senhora Elizabeth Silveira e Silva na audiência pública, *supra* nota 344; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Diva Soares Santana, *supra* nota 344, folha 1533; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Clovis Petit de Oliveira, *supra* nota 344, folha 1613; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dilma Santana Miranda, *supra* nota 344, folha 1630; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Helenalda Resende de Souza Nazareth, *supra* nota 344, folha 1654; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Lorena Moroni Girão Barroso, *supra* nota 344, folha 1675; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maria Eliana de Castro Pinheiro, *supra* nota 344, folha 1682; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Sônia Maria Haas, *supra* nota 344, folha 1707; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Terezinha Souza Amorim, *supra* nota 344, folha 1715; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maristella Nurchis, *supra* nota 344, folha 1685, e declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Valéria Costa de Couto, *supra* nota 344, folhas 1725 e 1726.

239. No presente caso, a violação do direito à integridade pessoal dos mencionados familiares das vítimas verificou-se em virtude do impacto provocado neles e no seio familiar, em função do desaparecimento forçado de seus entes queridos, da falta de esclarecimento das circunstâncias de sua morte, do desconhecimento de seu paradeiro final e da impossibilidade de dar a seus restos o devido sepultamento³⁵⁰. A esse respeito, o perito Endo indicou que “uma das situações que condensa grande parte do sofrimento de décadas é a ausência de sepultamento, o desaparecimento dos corpos [...] e a indisposição dos governos sucessivos na busca dos restos mortais de seus familiares”³⁵¹, o que “perpetua a lembrança do desaparecido [e] dificulta o desligamento psíquico entre ele e os familiares que ainda vivem”, impedindo o encerramento de um ciclo³⁵².
240. A esse respeito, a Corte lembra que, conforme sua jurisprudência, a privação do acesso à verdade dos fatos sobre o destino de um desaparecido constitui uma forma de tratamento cruel e desumano para os familiares próximos³⁵³. Ademais, o Tribunal estabeleceu que o esclarecimento do paradeiro final da vítima desaparecida permite aos familiares aliviar a angústia e o sofrimento causados pela incerteza a respeito do destino do familiar desaparecido³⁵⁴.
241. Adicionalmente, a Corte considera que a violação do direito à integridade dos familiares das vítimas se deve também à falta de investigações efetivas para o esclarecimento dos fatos, à falta de iniciativas para sancionar os responsáveis, à falta de informação a respeito dos fatos e, em geral, a respeito da impunidade em que permanece o caso, que neles provocou sentimentos de frustração, impotência e angústia³⁵⁵. Em particular, em casos que envolvem o desaparecimento forçado de pessoas, é possível entender que a violação do direito à integridade psíquica e moral dos familiares da vítima é consequência direta desse fenômeno que lhes causa um grave sofrimento, o qual pode aumentar, entre outros fatores, em razão da constante negativa por parte das autoridades estatais de prestar informação acerca do paradeiro das vítimas ou de iniciar uma investigação eficaz para lograr o esclarecimento do ocorrido³⁵⁶.

350 Cf. Declarações rendidas pelas supostas vítimas indicadas e laudo pericial do psicológico rendido pelo senhor Paulo César Endo de 16 de abril de 2010 (expediente de mérito, tomo V, folhas 2262 a 2283).

351 Laudo pericial psicológico rendido pelo senhor Paulo César Endo, *supra* nota 350, folha 2273.

352 Laudo pericial psicológico rendido pelo senhor Paulo César Endo, *supra* nota 350, folhas 2271 e 2272.

353 Cf. *Caso Trujillo Oroza versus Bolívia. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Série C N.º. 92, par. 114; *Caso Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, par. 221, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 130.

354 Cf. *Caso Ticona Estrada e outros*, *supra* nota 187, par. 155, e *Caso Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, par. 222.

355 Cf. Declarações rendidas pelas supostas vítimas indicadas e laudo pericial rendido pelo senhor Paulo César Endo, *supra* nota 350, folhas 2262 e 2283.

356 Cf. *Caso Blake. Mérito*, *supra* nota 340, par. 114; *Caso Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, par. 220, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 126.

242. A Corte considera que a incerteza e a ausência de informação por parte do Estado acerca dos acontecimentos, o que em grande medida perdura até a presente data, constituiu para os familiares uma fonte de sofrimento e angústia, além de ter provocado neles um sentimento de insegurança, frustração e impotência diante da abstenção das autoridades públicas de investigar os fatos³⁵⁷. Igualmente, o Tribunal mencionou que, em face de atos de desaparecimento forçado de pessoas, o Estado tem a obrigação de garantir o direito à integridade pessoal dos familiares também por meio de investigações efetivas. Essas afetações, integralmente compreendidas na complexidade do desaparecimento forçado, subsistirão enquanto persistam os fatores de impunidade verificados³⁵⁸.
243. Consequentemente, sem deixar de valorar as iniciativas conduzidas pelo Estado mediante a Lei Nº. 9.140/95, as indenizações pagas a alguns dos familiares das vítimas³⁵⁹ e os avanços realizados pela Comissão Especial, entre outras, o Tribunal considera que o Estado violou o direito à integridade pessoal, estabelecido no artigo 5 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento das seguintes pessoas: Zélia Eustáquio Fonseca (mãe), Alzira Costa Reis³⁶⁰ (mãe e esposa), Victória Lavínia Grabois Olímpio³⁶¹ (filha e esposa), Criméia Alice Schmidt de Almeida (companheira) e João Carlos Schmidt de Almeida (filho), Luiza Monteiro Teixeira (mãe), João Lino da Costa (pai), Benedita Pinto Castro (mãe), Odila Mendes Pereira (mãe) e José Pereira (pai), Luiza Gurjão Farias³⁶² (mãe), Junília Soares Santana (mãe) e Antonio Pereira de Santana (pai), Elza da Conceição Oliveira (ou Elza Conceição Bastos) (mãe) e Viriato Augusto Oliveira (pai), Maria Gomes dos Santos (mãe), Rosa Cabello Maria (ou Rosa Olímpio Cabello) (mãe), Igor Grabois Olímpio³⁶³ (filho), Julia Gomes Lund (mãe), Carmem Navarro (mãe) e Gerson Menezes Magalhães (pai), Aminthas Aranha (ou Aminthas Rodrigues Pereira) (mãe), Julieta Petit da Silva³⁶⁴ (mãe),

357 Cf. *Caso Blake. Mérito*, *supra* nota 340, par. 114; *Caso Heliodoro Portugal*, *supra* nota 23, par. 174, e *Caso Kawas Fernández*, *supra* nota 188, par. 139.

358 Cf. *Caso Goiburú e outros*, *supra* nota 130, par. 103; *Caso Radilla Pacheco*, *supra* nota 24, par. 172, e *Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, par. 226.

359 Cf. Declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Valéria Costa Couto, *supra* nota 346, folha 1726; Declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maristella Nurchis, *supra* nota 344, folha 1686; Declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor João Carlos Schmidt de Almeida Grabois (expediente de mérito, tomo IV, folha 1657) e Declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Rosana de Moura Momente (expediente de mérito, tomo IV, folha 1690).

360 A senhora Alzira Costa Reis é também esposa e mãe de dois desaparecidos da Guerrilha do Araguaia, os senhores Maurício Grabois e André Grabois, respectivamente.

361 A senhora Victória Lavínia Grabois Olímpio é também irmã de um dos desaparecidos da Guerrilha de Araguaia, o senhor André Grabois.

362 Os representantes informaram, em seu escrito de 20 de abril de 2010, que a senhora Luiza Gurjão Farias não apresentou declaração rendida perante agente dotado de fé pública, posto que "faleceu em 21 de fevereiro de 2010, antes de poder reconhecer a firma da declaração que havia feito para a Corte Interamericana" (expediente de mérito, tomo IV, folha 1594).

363 O senhor Igor Grabois Olímpio é também sobrinho e neto, respectivamente, de dois desaparecidos da Guerrilha de Araguaia, os senhores André Grabois e Maurício Grabois.

364 A senhora Julieta Petit da Silva é mãe de dois desaparecidos da Guerrilha do Araguaia, os senhores Jaime e Lúcio Petit da Silva, e da senhora Maria Lúcia Petit da Silva.

Ilma Hass (mãe), Osoria Calatrone (mãe) e Clotildio Calatrone (pai), Isaura de Souza Patricio (mãe) e Joaquim Patricio (pai), Elena Gibertini Castiglia (mãe), Jardilina Santos Moura (mãe) e Joaquim Moura Paulino (pai), José Vieira de Almeida (filho), Acary V. de S. Garlippe (mãe), Dora Grabois (mãe) e Agostim Grabois (pai), Rosana Moura Momente (filha), Maria Leonor Pereira Marques (mãe), Otilia Mendes Rodrigues (mãe) e Francisco Alves Rodrigues (pai), Celeste Durval Cordeiro (mãe) e Luiz Durval Cordeiro (pai), Aidinalva Dantas Batista (mãe), Elza Pereira Coqueiro (mãe), Odete Afonso Costa (mãe), familiares diretos das vítimas desaparecidas ou executadas, assim como de outros familiares não diretos das mesmas, os senhores e as senhoras Angela Harkavy (irmã), José Dalmo Ribeiro Ribas (irmão), Maria Eliana de Castro Pinheiro (irmão), Roberto Valadão (irmão), Diva Soares Santana (irmã), Getúlio Soares Santana (irmão), Dilma Santana Miranda (irmã), Dinorá Santana Rodrigues (irmã), Dirceneide Soares Santana (irmã), Terezinha Souza Amorim (irmã), Aldo Creder Corrêa³⁶⁵ (irmão), Helenalda Resende de Souza Nazareth (irmã), Helenice Resende de Souza Nazareth (irmã), Helenilda Resende de Souza Nazareth (irmã), Helenoira Resende de Souza Nazareth (irmã), Wladimir Neves da Rocha Castiglia (sobrinho), Laura Petit da Silva³⁶⁶ (irmã), Clovis Petit de Oliveira³⁶⁷ (irmã), Lorena Moroni Barroso (irmã), Ciro Moroni Girão (irmão), Breno Moroni Girão (irmão), Sônia Maria Haas (irmã), Elizabeth Silveira e Silva (irmã), Luiz Carlos Silveira e Silva (irmão), Luiz Paulo Silveira e Silva (irmão), Maristella Nurchis (irmã) e Valeria Costa Couto (irmã).

244. Por outro lado, com respeito aos 24 familiares indicados como supostas vítimas que faleceram antes de 10 de dezembro de 1998, o Tribunal não fará nenhuma declaração de responsabilidade estatal devido à regra da competência temporal (*supra* par. 181). Finalmente, em relação aos 34 familiares falecidos cujas datas de óbito não tenham sido estabelecidas, o Tribunal estabeleceu que seus familiares ou seus representantes legais devem apresentar à Corte, em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, a documentação que comprove que a data de falecimento é posterior a 10 de dezembro de 1998, para efeitos de confirmar sua condição de vítimas do presente caso (*supra* par. 181).

365 O senhor Aldo Creder Corrêa é irmão de dois desaparecidos da Guerrilha do Araguaia, os senhores Elmo Corrêa e Maria Célia Corrêa.

366 A senhora Laura Petit da Silva é irmã de dois desaparecidos da Guerrilha do Araguaia, os senhores Jaime e Lúcio Petit da Silva, e da senhora Maria Lúcia Petit da Silva.

367 O senhor Clovis Petit da Silva é irmão de dois desaparecidos da Guerrilha do Araguaia, os senhores Jaime e Lúcio Petit da Silva, e da senhora Maria Lúcia Petit da Silva.

XI. REPARAÇÕES (APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.1 DA CONVENÇÃO)

245. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana³⁶⁸, a Corte indicou que a toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano compreende o dever de repará-lo adequadamente³⁶⁹, e que essa disposição “reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade de um Estado”³⁷⁰.
246. Este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas e os danos provados, bem como com as medidas solicitadas para reparar os danos respectivos. Portanto, a Corte deverá observar essa simultaneidade para pronunciar-se devidamente e conforme o direito³⁷¹.
247. A Comissão manifestou que reconhece e valora as diversas medidas destinadas a reparar, adotadas pelo Estado brasileiro, mas acrescentou que estas não são suficientes no contexto do presente caso.
248. Os representantes ressaltaram que, apesar de reconhecer a recente boa vontade do Estado brasileiro ao adotar medidas a esse respeito, principalmente a recuperação da memória das vítimas da ditadura militar no país, estas são insuficientes, inadequadas e não estão em consonância com os parâmetros determinados pelo Sistema Interamericano em matéria de reparação de graves violações de direitos humanos.
249. O Estado declarou que não pretende negar o direito dos familiares das vítimas a uma reparação material e simbólica, em conformidade com os fatos da demanda. Entretanto, considerou que todas as petições formuladas tanto pela Comissão quanto pelos representantes já foram ou estão sendo atendidas. Adicionalmente, Brasil recordou outros casos nos quais a Corte valorou as quantidades pagas a nível interno e as tomou

368 O artigo 63.1 da Convenção Americana dispõe:

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

369 Cf. *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº. 7, par. 25; *Caso Rosendo Cantú e outra, supra nota 45, par. 203*, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 24, par. 231*.

370 Cf. *Caso Castillo Páez versus Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C Nº. 43, par. 50; *Caso Rosendo Cantú e outra, supra nota 45, par. 203*, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 24, par. 231*.

371 Cf. *Caso Ticona Estrada e outros, supra nota 187, par. 110*; *Caso Rosendo Cantú e outra, supra nota 45, par. 204*, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 24, par. 262*.

em consideração para determinar os pagamentos na instância internacional para evitar “um verdadeiro *bis in idem* indenizatório”. Finalmente, considerou que o Tribunal deve levar em consideração os gastos públicos efetuados no que se refere à implementação de medidas de não repetição, à busca da memória e da verdade e ao pagamento de medidas compensatórias.

250. A Corte procederá à análise das pretensões da Comissão e dos representantes, bem como dos argumentos do Estado, com o objetivo de dispor as medidas destinadas a reparar os danos ocasionados às vítimas. O Tribunal observa e avalia de maneira positiva as numerosas medidas de reparação adotadas pelo Estado, as quais se indicam em cada uma das seções seguintes.

A. PARTE LESIONADA

251. Considera-se parte lesionada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção Americana, aquele que tenha sido declarado vítima da violação de algum direito nela consagrado. As vítimas no presente caso são as seguintes pessoas: Adriano Fonseca Fernandes Filho, André Grabois, Antônio Alfredo de Lima (ou Antônio Alfredo Campos), Antônio Carlos Monteiro Teixeira, Antônio de Pádua Costa, Antônio Ferreira Pinto, Antônio Guilherme Ribeiro Ribas, Antônio Teodoro de Castro, Arildo Airton Valadão, Áurea Elisa Pereira Valadão, Bérqson Gurjão Farias, Cilon Cunha Brum, Ciro Flávio Salazar de Oliveira, Custódio Saraiva Neto, Daniel Ribeiro Callado, Dermeval da Silva Pereira, Dinaelza Santana Coqueiro, Dinalva Oliveira Teixeira, Divino Ferreira de Souza, Elmo Corrêa, Francisco Manoel Chaves, Gilberto Olímpio Maria, Guilherme Gomes Lund, Helenira Resende de Souza Nazareth, Hélio Luiz Navarro de Magalhães, Idalísio Soares Aranha Filho, Jaime Petit da Silva, Jana Moroni Barroso, João Carlos Haas Sobrinho, João Gualberto Calatrone, José Huberto Bronca, José Lima Piauhy Dourado, José Maurílio Patrício, José Toledo de Oliveira, Kléber Lemos da Silva, Libero Giancarlo Castiglia, Lourival de Moura Paulino, Lúcia Maria de Souza, Lúcio Petit da Silva, Luiz René Silveira e Silva, Luiz Vieira de Almeida, Luiza Augusta Garlippe, Manoel José Nurchis, Marcos José de Lima, Maria Célia Corrêa, Maurício Grabois, Miguel Pereira dos Santos, Nelson Lima Piauhy Dourado, Orlando Momente, Osvaldo Orlando da Costa, Paulo Mendes Rodrigues, Paulo Roberto Pereira Marques, Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Rodolfo de Carvalho Troiano, Rosalindo Souza, Suely Yumiko Kanayama, Telma Regina Cordeiro Corrêa, Tobias Pereira Júnior, Uirassú de Assis Batista, Vandick Reidner Pereira Coqueiro e Walkíria Afonso Costa. Além disso, também são vítimas os seguintes familiares diretos: Zélia Eustáquio Fonseca, Alzira Costa Reis, Victória Lavínia Grabois Olímpio, Criméia Alice Schmidt de Almeida, João Carlos Schmidt de Almeida, Luiza Monteiro Teixeira, João Lino

da Costa, Benedita Pinto Castro, Odila Mendes Pereira, José Pereira, Luiza Gurjão Farias, Junília Soares Santana, Antonio Pereira de Santana, Elza da Conceição Oliveira (ou Elza Conceição Bastos), Viriato Augusto Oliveira, Maria Gomes dos Santos, Rosa Cabello Maria (ou Rosa Olímpio Cabello), Igor Grabois Olímpio, Julia Gomes Lund, Carmem Navarro, Gerson Menezes Magalhães, Aminthas Aranha (ou Aminthas Rodrigues Pereira), Julieta Petit da Silva, Ilma Hass, Osoria Calatrone, Clotildio Calatrone, Isaura de Souza Patricio, Joaquim Patricio, Elena Gibertini Castiglia, Jardilina Santos Moura, Joaquim Moura Paulino, José Vieira de Almeida, Acary V. de S. Garlippe, Dora Grabois, Agostim Grabois, Rosana Moura Momente, Maria Leonor Pereira Marques, Otilia Mendes Rodrigues, Francisco Alves Rodrigues, Celeste Durval Cordeiro, Luiz Durval Cordeiro, Aidinalva Dantas Batista, Elza Pereira Coqueiro e Odete Afonso Costa. De igual modo, o Tribunal considera como vítimas os seguintes familiares não diretos: Angela Harkavy, José Dalmo Ribeiro Ribas, Maria Eliana de Castro Pinheiro, Roberto Valadão, Diva Soares Santana, Getúlio Soares Santana, Dilma Santana Miranda, Dinorá Santana Rodrigues, Dirceneide Soares Santana, Terezinha Souza Amorim, Aldo Creder Corrêa, Helenalda Resende de Souza Nazareth, Helenice Resende de Souza Nazareth, Helenilda Resende de Souza Nazareth, Helenoira Resende de Souza Nazareth, Wladmir Neves da Rocha Castiglia, Laura Petit da Silva, Clovis Petit de Oliveira, Lorena Moroni Barroso, Ciro Moroni Girão, Breno Moroni Girão, Sônia Maria Haas, Elizabeth Silveira e Silva, Luiz Carlos Silveira e Silva, Luiz Paulo Silveira e Silva, Maristella Nurchis e Valeria Costa Couto. As pessoas anteriormente citadas serão consideradas beneficiárias das reparações que ordene este Tribunal. Finalmente, também são considerados parte lesionada aqueles familiares falecidos com posterioridade a 10 de dezembro de 1998, determinados de acordo ao estabelecido na presente Sentença (*supra* pars. 181, 213, 225 e 244).

252. Sem prejuízo do anterior, a Corte recorda que estabeleceu um prazo de 24 meses, contados a partir da notificação desta Sentença, para que aqueles interessados aporem prova suficiente, em conformidade com a legislação e procedimentos internos, a respeito de “Batista”, “Gabriel”, “Joaquinzão”, José de Oliveira, Josias Gonçalves de Souza, Juarez Rodrigues Coelho, Sabino Alves da Silva e “Sandoval”, que permita ao Estado identificá-los e, se for o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei N.º. 9.140/95 e da presente decisão, adotando as medidas reparatorias pertinentes em seu favor.

B. OBRIGAÇÕES DE INVESTIGAR OS FATOS, JULGAR E, SE FOR O CASO, PUNIR OS RESPONSÁVEIS E DE DETERMINAR O PARADEIRO DAS VÍTIMAS

1. Obrigação de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis

253. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado realizar, por meio da jurisdição de Direito comum, uma investigação judicial completa, efetiva e imparcial dos desaparecimentos forçados do presente caso e da execução da senhora Petit da Silva, com base no devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis intelectuais e materiais dessas violações e sancioná-los criminalmente. Para isso, o Estado deve levar em consideração que esses crimes são imprescritíveis e não podem ser objeto de anistias. Por esse motivo, o Brasil deve adotar todas as medidas que sejam necessárias para assegurar que a Lei de Anistia e as leis de sigilo não continuem a representar um obstáculo para a persecução penal contra graves violações de direitos humanos. Além disso, solicitou que se publiquem os resultados dessa investigação, para que a sociedade brasileira possa conhecer esse período de sua história.
254. Os representantes solicitaram ao Tribunal que ordene ao Brasil a investigação dos fatos, o julgamento e a punição de todos os responsáveis, em um prazo razoável, e que disponha que o Estado não pode utilizar disposições de Direito interno, como prescrição, coisa julgada, irretroatividade da lei penal e *ne bis in idem*, nem qualquer excludente de responsabilidade similar, para eximir-se de seu dever. O Estado deve remover todos os obstáculos *de facto* e *de iure* que mantenham a impunidade dos fatos, como aqueles relativos à Lei de Anistia. Adicionalmente, solicitaram à Corte que ordene ao Estado que: a) sejam julgados na justiça ordinária todos os processos que se refiram a graves violações de direitos humanos; b) os familiares das vítimas tenham pleno acesso e legitimação para atuar em todas as etapas processuais, em conformidade com as leis internas e a Convenção Americana e c) os resultados das investigações sejam divulgados pública e amplamente, para que a sociedade brasileira os conheça.
255. O Estado não se pronunciou particularmente a respeito da investigação dos fatos e limitou-se a destacar que a análise da Lei de Anistia não pode separar-se do tempo em que a referida lei foi elaborada, nem do fundamento em que se encontra assentada. Por outro lado, lembrou que a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 153 considerou legítima integralmente a Lei de Anistia, em vista do novo ordenamento constitucional.

256. No Capítulo VIII da presente Sentença, a Corte declarou a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em virtude da falta de investigação, julgamento e eventual sanção dos responsáveis pelos fatos do presente caso. Tomando em consideração o anteriormente exposto, bem como sua jurisprudência, este Tribunal dispõe que o Estado deve conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha³⁷². Essa obrigação deve ser cumprida em um prazo razoável, considerando os critérios determinados para investigações nesse tipo de caso³⁷³, *inter alia*:

a) iniciar as investigações pertinentes com relação aos fatos do presente caso, levando em conta o padrão de violações de direitos humanos existente na época, a fim de que o processo e as investigações pertinentes sejam conduzidos de acordo com a complexidade desses fatos e com o contexto em que ocorreram, evitando omissões no recolhimento da prova e no seguimento de linhas lógicas de investigação;

b) determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial. Ademais, por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade, para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentença; e

c) garantir que: i) as autoridades competentes realizem, *ex officio*, as investigações correspondentes e que, para esse efeito, tenham a seu alcance e utilizem todos os recursos logísticos e científicos necessários para recolher e processar as provas e, em particular, estejam facultadas para o acesso a documentação e informação pertinentes, para investigar os fatos denunciados e conduzir, com presteza, as ações e investigações essenciais para esclarecer o que ocorreu à pessoa morta e aos desaparecidos do presente caso; ii) as pessoas que participem da investigação, entre elas, os familiares das vítimas, as testemunhas e os operadores de justiça, disponham

³⁷² Cf. *Velásquez Rodríguez. Mérito*, supra nota 25, par. 174; *Caso Rosendo Cantú*, supra nota 45, par. 211, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 237.

³⁷³ Cf. *Caso do Massacre dos Dois Erres*, supra nota 186, par. 233; *Caso Manuel Cepeda Vargas*, supra nota 18, par. 216, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 237.

das devidas garantias de segurança e iii) as autoridades se abstenham de realizar atos que impliquem obstrução do andamento do processo investigativo.

257. Especificamente, o Estado deve garantir que as causas penais que tenham origem nos fatos do presente caso, contra supostos responsáveis que sejam ou tenham sido funcionários militares, sejam examinadas na jurisdição ordinária, e não no foro militar³⁷⁴. Finalmente, a Corte considera que, com base em sua jurisprudência³⁷⁵, o Estado deve assegurar o pleno acesso e a capacidade de ação dos familiares das vítimas em todas as etapas da investigação e do julgamento dos responsáveis, de acordo com a lei interna e as normas da Convenção Americana. Além disso, os resultados dos respectivos processos deverão ser publicamente divulgados, para que a sociedade brasileira conheça os fatos objeto do presente caso, bem como aqueles que por eles são responsáveis³⁷⁶.

2. Determinação do paradeiro das vítimas

258. A Comissão solicitou à Corte que ordene que o Brasil intensifique, com recursos financeiros e logísticos, os esforços já envidados na busca e sepultamento das vítimas desaparecidas, cujos restos mortais ainda não tenham sido encontrados ou identificados.
259. Os representantes reconheceram os esforços envidados pelo Estado para localizar os restos mortais das vítimas de desaparecimentos deste caso, mas persiste o desconhecimento sobre o paradeiro dessas pessoas e as circunstâncias de seu desaparecimento. Solicitaram à Corte que ordene ao Estado que proceda, de imediato, a buscar, localizar e identificar as vítimas deste caso, assegurando que sejam respeitadas as garantias de devida diligência, essenciais na investigação de casos desta magnitude, bem como a imparcialidade e a eficácia dos procedimentos. O trabalho deve ser planejado, dirigido e efetuado por uma equipe interdisciplinar especialmente preparada para essa tarefa, sob o controle de autoridades judiciais, a fim de assegurar a validade e a integridade das provas obtidas. Igualmente, pediram que o Estado determine a identidade dos restos localizados em missões anteriores na região do Araguaia e que sejam entregues rapidamente aos familiares, mediante prévia prova do parentesco. O Estado deve financiar todas as despesas e devem ser respeitadas as tradições e costumes dos familiares das vítimas.

374 De acordo com sua jurisprudência, o Tribunal denomina jurisdição ordinária ou comum à jurisdição penal não militar. Cf. *Caso Raddilla Pacheco*, *supra* nota 24, par. 332; *Caso Fernández Ortega e outros*, *supra* nota 53, par. 229, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, *supra* nota 45, par. 212.

375 Cf. *Caso do Caracazo versus Venezuela. Reparaciones e Custas*. Sentença de 29 de agosto de 2002. Série C Nº. 95, par. 118; *Caso Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, par. 237, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 238.

376 Cf. *Caso do Caracazo. Reparaciones e Custas*, *supra* nota 375, par. 118; *Caso Manuel Cepeda Vargas*, *supra* nota 18, par. 217, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 238.

Além disso, salientaram que é necessária a consolidação de um banco de amostras de DNA dos familiares das vítimas. Em particular, sobre o Grupo de Trabalho Tocantins, declararam que não constitui um mecanismo adequado para realizar a busca dos desaparecidos da Guerrilha, uma vez que não atende aos critérios mencionados acima.

260. O Estado informou que, até 2006, foram realizadas 13 expedições à região do Araguaia, com o intuito de localizar os corpos dos guerrilheiros desaparecidos, algumas por seus familiares e outras por órgãos públicos. Além disso, prosseguem as investigações sobre a possível “Operação Limpeza”, em que, por ocasião do final da Guerrilha do Araguaia, os militares supostamente haviam retirado da área todos os restos mortais dos guerrilheiros para posterior incineração. Em particular, sobre o Grupo de Trabalho Tocantins, o Estado salientou que foi criado com a finalidade de coordenar e executar as atividades necessárias a localização, reconhecimento e identificação dos corpos dos guerrilheiros e dos militares mortos durante a Guerrilha do Araguaia e, posteriormente, foi criado o Comitê Interinstitucional de Supervisão do Grupo de Trabalho Tocantins, cujas atividades vêm sendo acompanhadas pelas autoridades judiciais e contam com a participação do Ministério Público Federal. Além disso, ressaltou que foi criada uma equipe de entrevistas e contextualização de fatos, constituída exclusivamente por civis, para entrevistar a população local e recolher novos dados sobre eventuais locais de sepultamento. Por outro lado, o Brasil informou que foi criado, em 2006, um banco de amostras de DNA dos familiares das vítimas, para facilitar a identificação dos restos mortais que sejam encontrados, o qual dispõe de amostras de 142 familiares de 108 desaparecidos políticos. Embora se tenha tentado utilizar a tecnologia e os recursos disponíveis para obter a identificação dos restos mortais, em alguns casos, os resultados não foram conclusivos, em virtude das más condições dos restos encontrados e à deficiente tecnologia disponível no momento em que foram encontrados, mas prossegue o trabalho para identificá-los, valendo-se, para esse efeito, de novas técnicas e do auxílio de diferentes instituições.
261. Este Tribunal estabeleceu que o direito de os familiares das vítimas identificarem o paradeiro dos desaparecidos e, se for o caso, saberem onde se encontram seus restos constitui uma medida de reparação e, portanto, gera o dever correspondente, para o Estado, de atender a essa expectativa³⁷⁷. Receber os corpos das pessoas desaparecidas é de suma importância para seus familiares, já que lhes permite sepultá-los de acordo com suas crenças, bem como encerrar o processo de luto vivido ao longo desses anos. O Tribunal considera, ademais, que o local em que os restos sejam encontrados

³⁷⁷ Cf. *Caso Neira Alegria e outros versus Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C Nº. 29, par. 69; *Caso Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, par. 240, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 214.

pode oferecer informação valiosa sobre os autores das violações ou a instituição a que pertenciam³⁷⁸.

262. A Corte avalia positivamente que o Brasil tenha adotado medidas para avançar na busca das vítimas da Guerrilha do Araguaia. Nesse sentido, é necessário que o Estado realize todos os esforços possíveis para determinar seu paradeiro, com brevidade. O Tribunal destaca que os familiares esperam essa informação há mais de 30 anos. Quando for o caso, os restos mortais das vítimas desaparecidas, previamente identificados, deverão ser entregues aos familiares, tão logo seja possível e sem custo algum para eles, para que possam sepultá-los de acordo com suas crenças. O Estado deverá também financiar as despesas funerárias, de comum acordo com os familiares³⁷⁹. Por outro lado, o Tribunal toma nota da criação do Grupo de Trabalho Tocantins, que tem por finalidade a busca das vítimas desaparecidas no marco da Ação Ordinária e salienta que o mesmo deverá contar com a participação do Ministério Público Federal.
263. A Corte observa que a busca dos restos mortais foi ordenada no marco da Ação Ordinária Nº. 82.0024682-5 e, por conseguinte, encontra-se sob a supervisão do juiz que dispôs essa medida, a quem deve ser enviada a informação obtida³⁸⁰. Nesse sentido, o Tribunal considera que as buscas das vítimas desaparecidas pelo Estado, seja por meio do Grupo de Trabalho Tocantins, seja por qualquer outra ação posterior ou complementar necessária à localização e identificação das pessoas desaparecidas, como, por exemplo, a investigação penal ordenada na presente Sentença (*supra* pars. 256 e 257), deverão ser realizadas de maneira sistemática e rigorosa, dispor dos recursos humanos e técnicos adequados e empregar, levando em conta as normas pertinentes na matéria³⁸¹, todos os meios necessários para localizar e identificar os restos das vítimas desaparecidas e entregá-los a seus familiares.

378 Cf. *Caso Do Massacre dos Dois Erres*, *supra* nota 186, par. 245.

379 Cf. *Caso La Cantuta*, *supra* nota 160, par. 232; *Caso Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, par. 241, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 242.

380 Cf. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*. *Solicitação de medidas provisórias a respeito do Brasil*. Resolução de 15 de julho de 2009, Considerando 10.

381 Tais como as estabelecidas no Manual das Nações Unidas sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias. *Caso do Massacre de Mapiripán versus Colômbia*. Mérito, *Reparações e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C Nº. 134, par. 305, e *Caso Do Massacre dos Dois Erres*, *supra* nota 186, par. 247.

C. OUTRAS MEDIDAS DE REABILITAÇÃO, SATISFAÇÃO E GARANTIAS DE NÃO REPETIÇÃO

1. Reabilitação

i. Atenção médica e psicológica

264. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de medidas para o tratamento físico e psicológico dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada.
265. Os representantes ressaltaram que o Estado tem a obrigação de oferecer assistência médica e psicológica gratuita aos familiares das vítimas desaparecidas na Guerrilha do Araguaia, de modo que possam ter acesso a um centro médico de qualidade para conseguir a assistência necessária, motivo por que solicitaram que essa assistência seja prestada por centros médicos reconhecidos nacionalmente, escolhidos pelos familiares e não pelo Serviço Único de Saúde, conforme propõe o Estado. Essa medida deverá incluir, também, o custo dos medicamentos, a fim de que os familiares não tenham de incorrer em despesas adicionais às que já tiveram. Para isso, o Brasil deve proceder uma avaliação médica individual dos familiares, e o tratamento requerido deverá atender às necessidades de cada um deles.
266. O Estado destacou que, na Ação Ordinária apresentada pelos familiares contra a União, estes solicitaram diferentes medidas, mas nunca uma “reparação integral”. Informou, no entanto, que existe no Brasil o Serviço Único de Saúde, que permite a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência.
267. A Corte considera, como o fez em outros casos³⁸², que é necessária uma medida de reparação que ofereça um atendimento adequado aos sofrimentos físicos e psicológicos sofridos pelas vítimas. Portanto, o Tribunal considera conveniente dispor que o Estado preste atendimento médico e psicológico ou psiquiátrico, de forma gratuita e imediata, adequada e efetiva, por meio das instituições públicas especializadas de saúde, às vítimas que assim o solicitem. Para isso, deverão ser levados em conta os sofrimentos específicos dos beneficiários, mediante a realização prévia de uma avaliação física e psicológica ou psiquiátrica. Os respectivos tratamentos também deverão ser prestados no Brasil pelo tempo que seja necessário e incluir o fornecimento gratuito dos medicamentos que eventualmente requeiram.

³⁸² Cf. *Caso Barrios Altos versus Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C Nº. 109, par. 45; *Caso Rosendo Cantú e outra*, supra nota 45, par. 252, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen*, supra nota 24, par. 253.

268. Particularmente, o tratamento psicológico ou psiquiátrico deve ser prestado por pessoal e instituições estatais especializadas no atendimento de vítimas de fatos como os ocorridos no presente caso. Caso o Estado careça do pessoal ou das instituições que possam prover o nível requerido de atenção, deverá recorrer a instituições privadas ou da sociedade civil especializadas. Ao prestar esse tratamento, devem-se considerar, ademais, as circunstâncias e necessidades específicas de cada vítima, de maneira que lhes sejam oferecidos tratamentos familiares e individuais, segundo o que esteja de acordo com cada uma delas e após uma avaliação individual³⁸³. Finalmente, o referido tratamento deverá ser prestado, na medida das possibilidades, nos centros mais próximos aos locais de residência. As vítimas que solicitem essa medida de reparação, ou seus representantes legais, dispõem de um prazo de seis meses, contados a partir da notificação da presente Sentença, para comunicar ao Estado sua intenção de receber atendimento psicológico ou psiquiátrico.
269. Adicionalmente, a Corte observa que a senhora Elena Gibertini Castiglia, mãe do desaparecido Líbero Giancarlo Castiglia, reside na cidade de San Lucido, Itália³⁸⁴, e, portanto, não terá acesso aos serviços públicos de saúde brasileiros, conforme o ordenado na presente seção. Por isso, o Tribunal considera pertinente determinar que, na hipótese de que a senhora Gibertini Castiglia solicite atenção médica, psicológica ou psiquiátrica, nos termos do parágrafo anterior, o Estado deverá outorgar-lhe o montante de US\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) a título de gastos com tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico, para que possa receber referida atenção médica na localidade onde reside³⁸⁵.

2. Satisfação

i. Publicação da Sentença

270. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado que disponha a publicação da Sentença, que eventualmente pronuncie, em um meio de circulação nacional.
271. Os representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado a publicação dos capítulos da Sentença relativos a fatos provados, os artigos convencionais violados e a parte

383 Cf. *Caso 19 Comerciantes. Mérito, Reparaciones e Custas*, supra nota 302, par. 278; *Caso Fernández Ortega e outros*, supra nota 53, par. 252, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, supra nota 45, par. 253.

384 Cf. Depoimento prestado pela senhora Elena Gibertini Castiglia, supra nota 345, folha 1531.

385 Cf. *Caso do Penal Miguel Castro Castro*, supra nota 254, par. 450, e *Caso Tibi versus Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C N°. 114, par. 249.

resolutiva da mesma no Diário Oficial e em um jornal de grande circulação nacional. Além disso, solicitaram a publicação de um livro com o conteúdo integral da Sentença.

272. O Estado salientou que esse pedido só poderia ser atendido no caso de uma eventual Sentença condenatória da Corte.
273. Conforme se ordenou em outras oportunidades³⁸⁶, o Tribunal julga que, como medida de satisfação, o Estado deve publicar, uma única vez, no Diário Oficial, a presente Sentença, incluindo os nomes dos capítulos e subtítulos – sem as notas de rodapé –, bem como a parte resolutiva da mesma. Além disso, o Estado deverá: a) publicar o resumo oficial da Sentença proferida pela Corte em um diário de ampla circulação nacional e b) publicar na íntegra a presente Sentença em um sítio eletrônico adequado do Estado, levando em conta as características da publicação que se ordena realizar, a qual deve permanecer disponível durante, pelo menos, o período de um ano. Finalmente, levando em conta a solicitação dos representantes de publicação desta decisão em formato de livro, o Tribunal estima oportuno ordenar, ademais, que o Estado publique num sítio eletrônico adequado a presente Sentença em formato de livro eletrônico. Essas publicações devem ser efetivadas no prazo de seis meses, contados a partir da notificação da presente Sentença.

ii. Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional

274. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado o reconhecimento de sua responsabilidade internacional, bem como a celebração de atos de importância simbólica que assegurem a não repetição das violações ocorridas no presente caso.
275. Os representantes manifestaram que nenhuma das ações de natureza simbólica referidas pelo Estado (*infra* par. 276) refere-se exclusivamente aos desaparecidos no Brasil e que nenhum desses atos foi efetuado em consulta com os familiares das vítimas do presente caso, elemento imprescindível para a realização da medida solicitada. O Estado, embora tenha reconhecido sua responsabilidade pelos desaparecimentos forçados no âmbito interno, não o fez no âmbito internacional, nem reconheceu sua responsabilidade pelas violações dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais, assim como à integridade pessoal e ao acesso à informação das vítimas e seus familiares. Com base no exposto, solicitaram à Corte que ordene ao Brasil a realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e de pedido oficial de desculpas pelas graves violações

³⁸⁶ Cf. *Caso Barrios Altos. Reparaciones e Custas*, *supra* nota 382, Ponto Resolutivo 5.d); *Caso Rosendo Cantú e outra*, *supra* nota 45, par. 229, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 244.

de direitos humanos perpetradas contra as vítimas do presente caso, especificamente, pela denegação de justiça. Consideraram que do ato devem participar altos representantes dos três poderes do Estado, que sua realização deve ser acordada com os representantes das vítimas com antecedência e que as despesas deverão ser financiadas pelo Estado. Finalmente, considerando que alguns familiares vivem em lugares distantes, solicitaram a transmissão do ato público por meios de comunicação, como rádio, jornais e televisão, com ampla cobertura nacional e em horário de grande audiência.

276. O Estado ressaltou que reconheceu oficialmente sua responsabilidade pelas mortes e desaparecimentos forçados ocorridos durante o período do regime militar, *inter alia*, por meio da Lei Nº. 9.140/95 e do relatório “Direito à Memória e à Verdade” da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, o qual foi apresentado em um ato público com a presença do presidente da República, de diversas autoridades e de familiares das vítimas do regime militar. Também o ministro da Justiça, em nome do Estado, realizou um pedido oficial de desculpas mediante um ato público realizado em 18 de junho de 2009, em que foram concedidos os benefícios de uma anistia política a 44 camponeses da região, que foram perseguidos para prestar informações sobre a Guerrilha do Araguaia. Adicionalmente, promoveu ainda outras medidas de caráter imaterial. Quanto ao projeto “Direito à Memória e à Verdade”, conduzido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, salientou que compreende várias ações: a) a publicação e distribuição do relatório Direito à Memória e à Verdade em escolas públicas; b) outras três publicações³⁸⁷ a fim de ressaltar aspectos relevantes da luta contra o regime militar; c) a exposição fotográfica “A ditadura no Brasil 1964-1985” e d) o projeto “Memorial Pessoas Imprescindíveis”, que consiste em painéis e esculturas colocados em diversos locais públicos. Além disso, os projetos da Comissão de Anistia incluem, entre outros: a) o projeto “Anistia Cultural”, que compreende a realização de audiências públicas da Comissão de Anistia, nas quais são analisados os pedidos de reparação das vítimas do regime militar por meio das “Caravanas de Anistia”; b) o “I Encontro de Torturados da Guerrilha do Araguaia”; c) o projeto “Memorial de Anistia Política no Brasil”; d) a campanha de doação e obtenção de informação “Caminhos para a Democracia”; e) a criação de um Grupo de Trabalho para o projeto “Marcas de Memória: História Oral da Anistia Política no Brasil”; f) a publicação da Revista Anistia Política e Justiça de Transição e g) a criação do Memorial de Anistia Política no Brasil, em Belo Horizonte. A respeito da recuperação da memória da Guerrilha do Araguaia, o Estado destacou o “Museu Paraense Emílio Goeldi”, cujas atividades se concentram, entre outras, na divulgação de conhecimento e acervos relacionados com

387 Os livros “Direito à Memória e à Verdade – Os descendentes de homens e mulheres que cruzaram o oceano a bordo de navios negreiros e foram mortos na luta contra o regime militar” e “História de meninas e meninos marcados pela ditadura” foram lançados em maio e dezembro de 2009, respectivamente, enquanto o livro “Luta, substantivo feminino” foi lançado em abril de 2010.

a região amazônica e a obtenção e sistematização de informação sobre a Guerrilha. Por último, o Estado informou sobre duas homenagens à vítima Bérqson Gurjão Farias.

277. A Corte Interamericana valora positivamente as iniciativas de reconhecimento de responsabilidade interno e as numerosas medidas de reparação informadas pelo Estado. Entretanto, como fez em outros casos³⁸⁸, para que o reconhecimento interno surta plenos efeitos, o Tribunal considera que o Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, em relação aos fatos do presente caso, referindo-se às violações estabelecidas na presente Sentença. O ato deverá levar-se a cabo mediante uma cerimônia pública em presença de altas autoridades nacionais e das vítimas do presente caso. O Estado deverá acordar com as vítimas e seus representantes a modalidade de cumprimento do ato público de reconhecimento, bem como as particularidades que se requeiram, como o local e a data da realização. Esse ato deverá ser divulgado pelos meios de comunicação e, para sua realização, o Estado dispõe do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença.

iii. Dia dos desaparecidos políticos no Brasil e memorial

278. Os representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado a designação de um dia como o “dia do desaparecido político”, durante o qual se realizem atividades para lembrar as pessoas desaparecidas durante a ditadura militar, para ajudar a conscientizar sobre a gravidade dos fatos ocorridos e para garantir que não se repitam. Solicitaram também a construção de um memorial ao qual os familiares das vítimas possam acudir para lembrá-las e realizar as atividades do dia do desaparecido político no Brasil. Esse memorial deverá incluir uma exposição permanente, simples e sensível das vítimas e seus familiares, bem como outras temporárias.
279. O Estado ressaltou que a indicação de um dia comemorativo para lembrar os desaparecidos políticos no Brasil depende de sua legislação interna, em conformidade com o artigo 61 da Constituição Política. Ademais, a designação da data comemorativa aludida no âmbito nacional se somaria à comemoração do Dia Internacional do Desaparecido Político, que tem lugar no dia 30 de agosto de cada ano.
280. O Tribunal observa que não foi fundamentado o motivo por que seria necessário contar com um dia diferente do Dia Internacional do Desaparecido Político e por que nele não poderiam ser incluídas as comemorações relativas aos desaparecidos da Guerrilha do

³⁸⁸ Cf. *Caso Kawas Fernández*, *supra* nota 188, par. 202; *Caso Fernández Ortega e outros*, *supra* nota 53, par. 244, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, *supra* nota 45, par. 226.

Araguaia. De igual modo, tampouco se fundamentou a eventual insuficiência das medidas de reparação adotadas pelo Brasil que tornem necessária que se disponha a construção de um memorial. A Corte considera suficiente, como medidas de reparação a emissão da presente Sentença, as medidas que nela se dispõem e as numerosas ações informadas pelo Estado. Com base no exposto, o Tribunal não julga necessário ordenar as medidas de reparação adicionais indicadas nesta seção.

3. Garantias de não repetição

i. Educação em direitos humanos nas Forças Armadas

281. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado a implementação, em um prazo razoável, de programas de educação em direitos humanos permanentes dentro das Forças Armadas, em todos os níveis hierárquicos, os quais devem incluir o presente caso e os instrumentos regionais e internacionais de direitos humanos, especificamente os relacionados com o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura.
282. O Estado declarou que, em decorrência da adesão a convenções das Nações Unidas, começou a investir em educação em direitos humanos para as Forças Armadas. A “Estratégia Nacional de Defesa” prevê expressamente que as instituições de ensino das três Forças Armadas ampliem as matérias de formação militar com assuntos relativos a noções de Direito Constitucional e Direitos Humanos. Desse modo, a Academia da Força Aérea ministra a matéria “Direito Geral”, que aborda questões de direitos humanos, na parte relativa ao exame dos dispositivos constitucionais referentes aos direitos e garantias fundamentais. No Exército, a Cátedra de “Direito” contempla assuntos de Direito Constitucional e Direitos Humanos, inclusive Direito Internacional Humanitário. Na Marinha, o conteúdo relativo aos direitos humanos é tratado na matéria “Direito Constitucional”, especificamente no estudo dos “direitos e garantias fundamentais do homem”, tema que também é abordado de maneira ampla na matéria “Direito Internacional Humanitário”.
283. A Corte considera de maneira positiva a informação do Brasil sobre os programas de capacitação das Forças Armadas. Este Tribunal julga importante fortalecer as capacidades institucionais do Estado, mediante a capacitação de integrantes das Forças Armadas sobre os princípios e normas de proteção dos direitos humanos e os limites a que devem ser submetidos³⁸⁹. Para essa finalidade, o Estado deve dar prosseguimento às ações desenvolvidas e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente

389 Cf. *Caso do Massacre de la Rochela versus Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C Nº. 163, par. 303; *Caso Fernández Ortega e outros*, *supra* nota 53, par. 262; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, *supra* nota 45, par. 249.

e obrigatório sobre direitos humanos, destinado a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas. Como parte dessa formação, deverá ser incluída a presente Sentença, a jurisprudência da Corte Interamericana a respeito do desaparecimento forçado de pessoas, de outras graves violações aos direitos humanos e à jurisdição penal militar, bem como às obrigações internacionais de direitos humanos do Brasil derivadas dos tratados nos quais é Parte.

ii. Tipificação do delito de desaparecimento forçado

284. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado tipificar, em seu ordenamento interno, o crime de desaparecimento forçado, conforme os elementos constitutivos do mesmo, estabelecidos nos instrumentos internacionais respectivos.
285. Os representantes ressaltaram que o Estado deve tipificar o delito de desaparecimento forçado, considerando-o continuado ou permanente, enquanto não se estabeleça o destino ou paradeiro da vítima. A adequada tipificação do desaparecimento forçado deve incluir: a) a eliminação, *ab initio*, de instituições jurídicas como a anistia e a prescrição; b) a eliminação da competência da Justiça Militar; c) a investigação da totalidade das condutas das pessoas implicadas e d) a determinação das sanções proporcionais à gravidade do crime. A respeito do Projeto de Lei N.º 4.038/08, que tipifica o delito de desaparecimento forçado de pessoas, salientaram que aponta a incorporar o Estatuto de Roma ao Direito interno brasileiro e somente prevê o delito de desaparecimento forçado de pessoas em um contexto de crimes contra a humanidade. A respeito do Projeto de Lei N.º 301/07, que também tem por objetivo definir condutas que constituam crimes de violação ao Direito Internacional Humanitário e estabelecer normas para a cooperação judicial com a Corte Penal Internacional, consideraram que tampouco é adequado, entre outras razões, em virtude de também descrever a conduta delituosa na esfera de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil. Por esse motivo, solicitaram à Corte que ordene ao Estado a tipificação do delito de desaparecimento forçado de pessoas em seu ordenamento, em conformidade com os parâmetros do Sistema Interamericano.
286. O Estado reconheceu a importância da tipificação do delito de desaparecimento forçado e manifestou que a ausência dessa tipificação não impede que essa conduta seja subsumida em outro tipo penal. Entretanto, a tipificação do delito de desaparecimento forçado no ordenamento interno brasileiro encontra-se sujeita ao exame do Poder Legislativo, mediante dois projetos de lei: a) o de N.º 4.038/08, apresentado em setembro de 2008, cujo artigo 33 define o desaparecimento forçado como crime contra a humanidade e b) o de N.º 301/07, cujo artigo 11 também tipifica o desaparecimento forçado. Finalmente,

o Estado salientou que o Decreto Legislativo N°. 116, de 2008, que ratifica a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, se encontra em tramitação no Congresso Nacional. Informou que o Decreto Legislativo antes citado foi aprovado pela Câmara dos Deputados e encontra-se atualmente em tramite na Comissão de Relações Exteriores do Senado Federal.

287. De acordo com o anteriormente exposto, o Tribunal insta o Estado a que dê prosseguimento à tramitação legislativa e que adote, em prazo razoável, todas as medidas necessárias para ratificar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Por outro lado, de acordo com a obrigação decorrente do artigo 2 da Convenção Americana, o Brasil deve adotar as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, em conformidade com os parâmetros interamericanos. Essa obrigação vincula todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto. Nesse sentido, como esta Corte salientou anteriormente³⁹⁰, o Estado não deve limitar-se a promover o projeto de lei de que se trata, mas assegurar sua pronta sanção e entrada em vigor, de acordo com os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico interno. Enquanto cumpre essa medida, o Estado deverá adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, punição dos fatos constitutivos do desaparecimento forçado, por meio dos mecanismos existentes no Direito interno.

iii. Acesso, sistematização e publicação de documentos em poder do Estado

288. A Comissão solicitou ao Tribunal que ordene ao Estado realizar todas as ações e modificações legais a fim de sistematizar e tornar públicos todos os documentos relacionados com as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia.
289. Os representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado: a) assegurar que todas as instituições e autoridades estatais sejam obrigadas a cooperar na entrega de informações e no pleno acesso a todos os arquivos e registros sobre o possível destino das vítimas do presente caso; b) exigir a entrega dos documentos que ilegalmente se encontram de posse de particulares; c) adequar o Direito interno brasileiro aos parâmetros internacionais de proteção do direito de acesso à informação; d) comprovar devidamente a alegada destruição de documentos oficiais e investigar judicialmente essa destruição, a fim de que os responsáveis possam ser identificados, julgados e eventualmente sancionados e e) realizar visitas, às dependências das Forças Armadas,

390 Cf. *Caso Radilla Pacheco*, *supra* nota 24, par. 344. 105.

de pesquisadores e especialistas em arquivos alheios à estrutura castrense, aos quais se deve dar o mais amplo acesso, com o objetivo de localizar os arquivos militares pertinentes. Em particular, a respeito do Projeto de Lei Nº. 5.228/09, que modificaria as normas de acesso à informação em poder do Estado, salientaram que “é bem-vindo”, mas mencionaram que sua tramitação junto ao Poder Legislativo deve ser agilizada, a fim de que seja aprovado com a maior brevidade possível.

290. O Estado informou que adotou diversas medidas para transformar os acervos documentais, antes restringidos, em instrumentos de garantia e afirmação de direitos humanos e que todos os documentos de que se tem conhecimento sobre a Guerrilha do Araguaia encontram-se no Arquivo Nacional, disponíveis para consulta, embora os mesmos não ofereçam informação definitiva sobre a localização dos restos mortais das vítimas. Quanto à suposta existência de documentos relativos à Guerrilha do Araguaia sob custódia das Forças Armadas, salientou que já foram apresentados todos os documentos existentes, e que o Decreto Nº. 79.099/77, em vigor até 24 de junho de 1997, permitia a destruição de documentos. Os processos de investigação no âmbito das Forças Armadas concluíram que a destruição de documentos foi feita em conformidade com o citado Decreto. Adicionalmente, indicou que 98% dos documentos disponíveis no Arquivo Nacional correspondem a registros feitos por órgãos e entidades do Estado.
291. Por último, sobre a legislação brasileira que regulamenta o direito à informação e contempla casos de restrição ao acesso, com base na segurança do Estado e da sociedade, o Brasil especificou que o segredo não recai sobre nenhum documento relativo à Guerrilha do Araguaia. Informou, entretanto, que em 5 de maio de 2009, a Presidência da República apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Nº. 5.228/09, que busca dar um novo tratamento ao direito à informação, privilegiando a garantia de acesso à informação como regra geral. O artigo 16 do projeto dispõe que “[n]ão poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais” e que “as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos, praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas, não poderão ser objeto de restrição de acesso”. O projeto também dispõe uma redução dos prazos de sigilo dos documentos. Esse projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados e se encontra em análise no Senado Federal.
292. A Corte avalia, de maneira positiva, as numerosas iniciativas do Brasil em prol de sistematizar e dar publicidade aos documentos relativos ao período do regime militar, inclusive os relacionados com a Guerrilha do Araguaia. Em particular, sobre a coleta e a sistematização de informações relativas à Guerrilha, de acordo com as informações do

Estado e o laudo do perito Antunes da Silva³⁹¹, no marco da Ação Ordinária N°. 82.0024682-5, em tramitação na Primeira Vara Federal do Distrito Federal, foram apresentadas 21.319 páginas de documentos, distribuídas em 426 volumes do acervo do extinto Serviço Nacional de Informações. Posteriormente, foram acrescentados 28 tomos de documentos com informações temáticas sobre as incursões do Exército na área de conflito. Em 3 de fevereiro de 2010, foram recolhidos da Coordenação Regional do acervo do serviço secreto do Comando da Força Aérea cerca de 50 mil documentos, dos quais 63 correspondem à Guerrilha do Araguaia. Com base no exposto, o Tribunal julga que não cabe ordenar uma medida de reparação adicional a esse respeito, sem prejuízo de que o Estado deva continuar a conduzir iniciativas de busca, sistematização e publicação das informações sobre a Guerrilha do Araguaia, bem como de informações relativas às violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, e a elas garantindo o acesso.

293. Por outro lado, quanto à adequação do marco normativo do acesso à informação, o Tribunal toma nota de que o Estado informou que se encontra em tramitação um projeto de lei que, entre outras reformas, propõe uma redução dos prazos previstos para a reserva de documentos e dispõe a proibição da mesma a respeito daqueles que tenham relação com violações de direitos humanos, e que os representantes manifestaram sua aprovação ao projeto mencionado. Com base no anterior, o Tribunal exorta o Estado a, em prazo razoável, de acordo com o artigo 2 da Convenção Americana, adotar as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza que sejam necessárias para fortalecer o marco normativo de acesso à informação, em conformidade com os parâmetros interamericanos de proteção dos direitos humanos, como os citados na presente Sentença (*supra* pars. 228 a 231).

iv. Criação de uma Comissão da Verdade

294. Os representantes solicitaram ao Tribunal que ordene ao Estado a criação de uma Comissão da Verdade que cumpra com os parâmetros internacionais de autonomia, independência e consulta pública para sua integração e que esteja dotada de recursos e atribuições adequados. Quanto ao projeto de lei que atualmente se encontra no Congresso, expressaram sua preocupação, entre outros aspectos, porque os sete membros da Comissão Nacional da Verdade seriam escolhidos discricionariamente pelo presidente da República, sem consulta pública e, portanto, sem garantias de independência e, ademais, que se permitiria a participação de militares como membros, o que afeta gravemente sua independência e credibilidade.

391 Cf. Laudo pericial rendido pelo senhor Jaime Antunes da Silva, *supra* nota 274, folhas 1430 a 1433.

295. O Brasil destacou a futura constituição de uma Comissão Nacional da Verdade, que estaria constituída por sete membros designados pelo presidente da República, entre brasileiros de reconhecida idoneidade e conduta ética, identificados com a defesa da democracia e a institucionalidade constitucional, bem como com o respeito aos direitos humanos. A Comissão poderá, entre outras atribuições, solicitar qualquer informação e documento diretamente dos órgãos e entidades públicos, promover audiências públicas, determinar a realização de perícias e diligências e pedir o auxílio de entidades para tomar o depoimento de pessoas que guardem relação com os fatos e circunstâncias examinadas.
296. A Corte valora positivamente as ações realizadas pelo Estado para agilizar o conhecimento e o reconhecimento dos fatos do presente caso. Especificamente, o Tribunal aprecia as diversas iniciativas do Estado para continuar a esclarecer os fatos, que incluem, entre outras, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, a Comissão Interministerial, a criação do arquivo Memórias Reveladas e o início do cumprimento da sentença da Ação Ordinária N°. 82.00.24682-5, esforços que contribuíram para avanços no esclarecimento dos fatos do presente caso e de outros ocorridos durante o regime militar no Brasil.
297. Quanto à criação de uma Comissão da Verdade, a Corte considera que se trata de um mecanismo importante, entre outros aspectos, para cumprir a obrigação do Estado de garantir o direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Com efeito, o estabelecimento de uma Comissão da Verdade, dependendo do objeto, do procedimento, da estrutura e da finalidade de seu mandato, pode contribuir para a construção e a preservação da memória histórica, o esclarecimento de fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade³⁹². Por isso, o Tribunal valora a iniciativa de criação da Comissão Nacional da Verdade e exorta o Estado a implementá-la, em conformidade com critérios de independência, idoneidade e transparência na seleção de seus membros, assim como a dotá-la de recursos e atribuições que lhe possibilitem cumprir eficazmente com seu mandato. A Corte julga pertinente, no entanto, destacar que as atividades e informações que, eventualmente, recolha essa Comissão não substituem a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais por meio dos processos judiciais penais³⁹³.

392 Cf. *Caso Zambrano Vélez e outros*, *supra* nota 254, par. 128; *Caso Anzualdo Castro*, *supra* nota 122, par. 119, e *Caso Radilla Pecheco*, *supra* nota 24, par. 74.

393 Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, *supra* nota 251, par. 150; *Caso Chitay Nech e outros*, *supra* nota 25, par. 234, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, par. 158.

D. INDENIZAÇÕES, CUSTAS E GASTOS

1. Dano material

298. A Corte desenvolveu, em sua jurisprudência, o conceito de dano material e as hipóteses em que corresponde indenizá-lo. Este Tribunal estabeleceu que o dano material supõe “a perda ou detrimento dos ingressos das vítimas, os gastos efetuados com motivo dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que tenham um nexo causal com os fatos do caso”³⁹⁴.
299. A Comissão considerou que os montantes de indenização pecuniária acordados nos processos internos no Brasil devem ser reconhecidos como parte da reparação. Por esse motivo, solicitou à Corte que, atendendo à natureza do caso, fixe, em equidade, o montante da compensação a título de danos materiais.
300. Os representantes reconheceram o esforço do Estado para indenizar os familiares das vítimas, já que muitos deles receberam algum tipo de compensação no âmbito interno. Esses montantes devem ser reconhecidos como parte da reparação e descontados do valor que seja determinado pelo Tribunal. Entretanto, nenhuma das leis que regulamentam o pagamento das reparações concedidas define de forma explícita quais são os danos compreendidos por essas indenizações, nem diferencia entre reparações por danos materiais e imateriais. Por outro lado, salientaram que, ante a impossibilidade de comprovar as despesas médicas em que incorreram os familiares em virtude do sofrimento causado pelo desaparecimento das vítimas, os representantes solicitaram à Corte que determine o valor correspondente de maneira equânime. Ademais, quanto ao dano emergente, consideraram que esse conceito compreende as perdas sofridas pelos familiares por dedicar suas vidas à busca de justiça. Dado que são muitas as despesas efetuadas durante mais de 30 anos pelos familiares, quem não contam com os recibos correspondentes, solicitaram ao Tribunal que fixe um montante, de maneira equânime. Outrossim, considerando a impossibilidade de determinar com exatidão as atividades exercidas pelas vítimas no momento em que ocorreram os fatos, uma vez que viviam na clandestinidade, solicitaram à Corte que adote os critérios estabelecidos na legislação interna brasileira para situações semelhantes, a fim de determinar o valor do lucro cessante devido. Nesse sentido, solicitaram à Corte que aplique o critério estabelecido na Lei N.º. 10.559/02 e que declare que as reparações ordenadas na presente Sentença não impedem os familiares de fazer valer seus direitos em procedimentos internos para o pagamento de outras indenizações complementárias, em conformidade com a legislação brasileira.

³⁹⁴ Cf. *Caso Bámaca Velásquez versus Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C N.º. 91, par. 43; *Caso Rosendo Cantú e outra, supra nota 45, par. 270, e Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 24, par. 260.*

301. O Estado informou que a Lei N.º. 9.140/95 facultou aos familiares de mortos e desaparecidos a solicitação de uma reparação pecuniária³⁹⁵ e que, em maio de 2007, enviou à Comissão Interamericana uma lista das pessoas desaparecidas pertencentes à Guerrilha do Araguaia, cujos familiares receberam uma indenização. Do total de 62 pessoas reconhecidas pelo Estado, ressaltou que quatro famílias não receberam indenização, por renúncia expressa dos familiares ou pela falta de solicitação do pagamento. Portanto, informou que havia pago indenizações relacionadas a 58 vítimas³⁹⁶.
302. O Tribunal adverte que o Estado não fez uma diferenciação entre dano material ou dano imaterial nas indenizações derivadas da aplicação da Lei N.º. 9.140/95. Apesar disso, a Corte observa que o Estado efetivamente pagou indenizações a familiares de 58 vítimas de desaparecimento forçado no presente caso. Com relação aos senhores Francisco Manoel Chaves e Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), os familiares não se apresentaram à Comissão Especial estabelecida pela Lei N.º. 9.140/95 para solicitar reconhecimento ou indenização³⁹⁷. Quanto aos familiares dos senhores Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, a Corte observa que, embora suas mães tenham solicitado à Comissão Especial informação sobre eles, não quiseram solicitar indenização³⁹⁸.
303. A Corte considera, como o fez em outros casos³⁹⁹, que, na hipótese de existirem mecanismos nacionais para determinar formas de reparação, esses procedimentos e resultados devem ser valorizados. Caso esses mecanismos não atendam a critérios de objetividade, razoabilidade e efetividade para reparar adequadamente as violações de direitos reconhecidas na Convenção declaradas por este Tribunal, corresponde a este, no exercício de sua competência subsidiária e complementar, dispor as reparações

395 De acordo com o artigo 10 da Lei N.º. 9.140/95, as indenizações seriam pagas aos cônjuges, companheiros, descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau das vítimas e não seriam inferiores a R\$ 100.000,00, montante que considerou especialmente significativo, considerando o contexto social brasileiro.

396 Adriano Fonseca Fernandes Filho, André Grabois, Antônio Alfredo de Lima, Antônio Carlos Monteiro Teixeira, Antônio de Pádua Costa, Antônio Ferreira Pinto, Antônio Guilherme Ribeiro Ribas, Antônio Teodoro de Castro, Arildo Airton Valadão, Áurea Eliza Pereira Valadão, Bérqson Gurjão Farias, Cilon Cunha Brum, Ciro Flávio Salazar de Oliveira, Custódio Saraiva Neto, Daniel Ribeiro Callado, Dermeval da Silva Pereira, Dinaelza Santana Coqueiro, Dinalva Oliveira Teixeira, Divino Ferreira de Souza, Elmo Corrêa, Gilberto Olímpio Maria, Guilherme Gomes Lund, Helenira Resende de Souza Nazareth, Idalísio Soares Aranha Filho, Jaime Petit da Silva, Jana Moroni Barroso, João Carlos Haas Sobrinho, João Gualberto Calatrone, José Huberto Bronca, José Lima Piauhy Dourado, José Maurílio Patrício, José Toledo de Oliveira, Kléber Lemos da Silva, Líbero Giancarlo Castiglia, Lourival de Moura Paulino, Lúcia Maria de Souza, Lúcio Petit da Silva, Luiz René Silveira e Silva, Luiz Vieira de Almeida, Luiza Augusta Garlippe, Manoel José Nurchis, Marcos José de Lima, Maria Célia Corrêa, Maurício Grabois, Miguel Pereira dos Santos, Nelson Lima Piauhy Dourado, Orlando Momente, Osvaldo Orlando da Costa, Paulo Mendes Rodrigues, Paulo Roberto Pereira Marques, Rodolfo de Carvalho Troiano, Rosalindo Souza, Suely Yumiko Kanayama, Telma Regina Cordeiro Corrêa, Tobias Pereira Júnior, Uirassú de Assis Batista, Vandick Reidner Pereira Coqueiro e Walkíria Afonso Costa. Cf. *Indenizações pagas aos familiares dos mortos e desaparecidos na Guerrilha do Araguaia*, supra nota 93, folhas 9110 a 9115.

397 Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, supra nota 67, folhas 792, 793, 840 e 841.

398 Cf. *Indenizações pagas aos familiares dos mortos e desaparecidos na Guerrilha do Araguaia*, supra nota 93, folhas 9112 e 9114, e *Direito à Memória e à Verdade*, supra nota 67, folhas 822, 823, 841 e 842.

399 Cf. *Caso Manuel Cepeda Vargas*, supra nota 18, par. 246.

pertinentes. Nesse sentido, foi estabelecido que os familiares das vítimas desaparecidas tivessem acesso a um processo administrativo que determinou uma indenização “a título de reparação” pelos desaparecimentos forçados ou mortes das vítimas diretas⁴⁰⁰. A Corte avalia positivamente a atuação do Estado nesse sentido e considera que os montantes fixados pela Lei Nº. 9.140/95, e pagas aos familiares das vítimas a “título de reparação”, são razoáveis nos termos de sua jurisprudência e supõe que incluem tanto os danos materiais como os imateriais a respeito das vítimas desaparecidas. Por outro lado, nos casos das indenizações não reclamadas pelos familiares dos senhores Francisco Manoel Chaves, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, o Tribunal dispõe que o Estado estabeleça a possibilidade de que, num prazo de seis meses contados a partir da notificação da presente Sentença, aqueles interessados possam apresentar, caso o desejem, seus pedidos de indenização, utilizando os critérios e mecanismos estabelecidos no Direito interno pela Lei Nº. 9.140/95.

304. Por outro lado, quanto às despesas médicas e outras relacionadas com a busca dos familiares solicitadas pelos representantes, a Corte observa que não foram apresentados comprovantes das despesas alegadas, nem foram indicados os danos específicos sofridos por cada familiar para fundamentar esse pedido, tampouco foram individualizadas as atividades de que cada um deles participou com uma indicação dos gastos realizados. Sem prejuízo do anterior, o Tribunal presume que os familiares das vítimas incorreram, desde 10 de dezembro de 1998 até esta data, entre outras, em despesas relacionadas com serviços ou atenção médica e aquelas referentes à busca de informação e dos restos mortais das vítimas desaparecidas até o presente. Com base no anterior, o Tribunal determina, em equidade, o pagamento de US\$ 3.000,00 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de cada um dos familiares considerados vítimas na presente Sentença (*supra* par. 151). As indenizações ordenadas na presente Sentença não obstaculizarão outras reparações que, eventualmente, possam ordenar-se no Direito interno.

2. Dano imaterial

305. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e os pressupostos em que corresponde indenizá-lo. O Tribunal estabeleceu que o dano imaterial compreende “tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e aos que lhe são próximos, como o menosprezo de valores muito significativos para as pessoas e outras perturbações

400 Lei Nº. 9.140/95, artigo 11, *supra* 87.

que não são suscetíveis de medição pecuniária, nas condições de vida da vítima ou de sua família”⁴⁰¹.

306. A Comissão solicitou à Corte que, atendendo à natureza do caso, fixe, de maneira equânime, o montante da compensação a título de danos imateriais.
307. Os representantes indicaram que o dano moral deve ser objeto de uma compensação econômica fixada com base em critérios de equidade. As vítimas foram detidas, sem as formalidades legais ou controle judicial, e levadas a bases militares onde eram torturadas e, em seguida, desaparecidas, motivo por que solicitaram que, para cada vítima desaparecida e para a senhora Maria Lúcia Petit da Silva, se estabeleça, a título de dano moral, a quantia de US\$ 100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América). Por outro lado, com respeito aos familiares das vítimas, consideraram que os desaparecimentos forçados geraram angústia, insegurança, frustração e impotência ante a omissão das autoridades públicas de investigar os fatos. Por esse motivo, solicitaram que, ao fixar o montante das indenizações, o Tribunal leve em consideração fatores como: a modalidade do crime, a falta de determinação dos responsáveis e o impacto no projeto de vida e na saúde física e mental dos familiares das vítimas, além das seguintes circunstâncias: a) o desconhecimento do paradeiro das vítimas; b) o reconhecimento de responsabilidade do Estado mais de 20 anos depois de ocorridos os fatos; c) a impossibilidade de acesso à justiça e a falta de informação; d) a denegação de justiça por mais de 30 anos; e) as declarações públicas de militares, afirmando que haviam torturado e executado as vítimas, sem que se realizasse investigação alguma e f) as declarações contra a honra das vítimas desaparecidas. Em consequência, solicitaram US\$ 80.000,00 (oitenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos familiares das vítimas.
308. O Estado destacou que, ademais das indenizações pecuniárias pagas no marco da Lei Nº. 9.140/95, foram realizados diversos atos de natureza simbólica e educativa que promoveram o resgate da memória e da verdade dos fatos ocorridos durante o período do regime militar.
309. A Corte julgou que as reparações econômicas concedidas no Direito interno “a título de reparação” pelos desaparecimentos forçados são adequadas no presente caso. Por esse motivo, não ordenará o pagamento de somas adicionais a título de dano imaterial sofrido pelas vítimas de desaparecimento forçado.

⁴⁰¹ *Caso dos “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros) versus Guatemala. Reparaciones e Custas.* Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº. 77, par. 84; *Caso Rosendo Cantú e outra, supra* nota 45, par. 278, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra* nota 24, par. 282.

310. Por outro lado, com relação ao dano imaterial sofrido pelos familiares das vítimas desaparecidas, o Tribunal lembra que a jurisprudência internacional estabeleceu reiteradamente que a Sentença pode constituir *per se* uma forma de reparação⁴⁰². Considerando, no entanto, as circunstâncias do caso *sub judice*, os sofrimentos que as violações cometidas causaram a esses familiares, a impunidade imperante no caso, bem como a mudança nas condições de vida e as demais consequências de ordem imaterial ou não pecuniária que estas últimas sofreram, a Corte julga pertinente fixar uma quantia, em equidade, como compensação a título de danos imateriais para os familiares indicados como vítimas no presente caso⁴⁰³.
311. Em atenção à sua jurisprudência, em consideração às circunstâncias do presente caso, às violações cometidas, aos sofrimentos ocasionados e ao tratamento que receberam, ao tempo transcorrido, à denegação de justiça e de informação, bem como às mudanças nas condições de vida e às demais consequências de ordem imaterial que sofreram, o Tribunal fixa, em equidade, o montante de US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada familiar direto e de US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada familiar não direto, considerados vítimas no presente caso e indicados no parágrafo 251 da presente Sentença. As indenizações ordenadas na presente Sentença não obstaculizarão outras reparações que, eventualmente, possam ordenar-se no Direito interno.

3. Custas e gastos

312. Conforme já mencionou a Corte em oportunidades anteriores, as custas e gastos estão compreendidos no conceito de reparação, consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana⁴⁰⁴.
313. A Comissão solicitou ao Tribunal que ordene ao Estado o pagamento das custas e gastos incorridos na tramitação do presente caso.
314. Os representantes solicitaram à Corte que fixe, em equidade, um montante a favor da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos e do Grupo Tortura Nunca mais, do Rio de Janeiro, pelos gastos em que incorreram, com relação à elaboração de

402 Cf. *Caso Neira Alegria e outros. Reparaciones e Custas*, supra nota 377, par. 56; *Caso Rosendo Cantú e outra*, supra nota 45, par. 278, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 282.

403 Cf. *Caso Neira Alegria e outros. Reparaciones e Custas*, supra nota 377, par. 56; *Caso Rosendo Cantú e outra*, supra nota 45, par. 278, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 282.

404 Cf. *Caso Garrido e Baigorria versus Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C N.º. 39, par. 79; *Caso Rosendo Cantú e outra*, supra nota 45, par. 280, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 284.

petições e de documentação do caso, reservando-se o direito de solicitar os gastos que forem efetuados no futuro. Posteriormente, informaram que não incorreram em gastos adicionais após o escrito de solicitações e argumentos. Igualmente, afirmaram que o Centro pela Justiça e o Direito Internacional incorreu em gastos de viagem a San José e a Washington, comunicações, fotocópias, artigos de papelaria, correios relacionados com o acompanhamento do presente caso, bem como viagens para localizar e reunir-se com os familiares das vítimas, além dos gastos correspondentes ao atendimento do caso e à investigação, à compilação e à apresentação de provas, à realização de entrevistas e à preparação das diferentes etapas processuais. Particularmente, indicaram que o Centro pela Justiça e o Direito Internacional incorreu em gastos de US\$ 45.196,53 (quarenta e cinco mil, cento e noventa e seis dólares dos Estados Unidos da América e cinquenta e três centavos), do ano 1999 até julho de 2009, e de US\$ 33.733,93 (trinta e três mil, setecentos e trinta e três dólares dos Estados Unidos da América e noventa e três centavos), em gastos posteriores à apresentação de seu escrito de solicitações e argumentos.

315. O Estado solicitou à Corte que considere como custas somente os gastos efetuados de forma razoável e imprescindível à participação das supostas vítimas e de seus representantes no processo perante o Sistema Interamericano. Também fez objeção aos gastos realizados pelos representantes relacionadas com: a) a compra de livros e outros materiais de apoio não relacionados com o caso e b) os gastos relacionados com material de escritório, alimentação no território nacional e viagens dentro do Brasil não vinculadas ao caso. Finalmente, o Estado observou uma diferença entre o valor solicitado pelos representantes como despesa da perícia psicológica e o recibo efetivamente apresentado para justificar essa despesa.
316. Quanto ao reembolso de custas e gastos, corresponde ao Tribunal apreciar prudentemente seu alcance, o qual compreende as despesas geradas junto às autoridades da jurisdição interna, bem como aquelas geradas no curso do processo perante o Sistema Interamericano, considerando as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Essa apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e considerando os gastos indicados pelas partes, desde que seu *quantum* seja razoável⁴⁰⁵.
317. O Tribunal declarou que “as pretensões das vítimas ou seus representantes, em matéria de custas e gastos, e as provas que os sustentam devem ser apresentadas à Corte no primeiro

⁴⁰⁵ Cf. *Caso Garrido e Baigorria. Reparaciones e Custas*, supra nota 404, par. 82; *Caso Rosendo Cantú e outra*, supra nota 45, par. 284; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, par. 288.

momento processual a elas concedido, ou seja, no escrito de solicitações e argumentos, sem prejuízo de que essas pretensões sejam atualizadas em um momento posterior, conforme as novas custas e gastos em que se tenha incorrido, por ocasião do procedimento perante esta Corte⁴⁰⁶. Além disso, a Corte reitera que não é suficiente o envio de documentos probatórios, mas que se requer que as partes apresentem uma argumentação que relacione a prova com o fato que se considera representado, e que, ao tratar-se de alegados desembolsos econômicos, se estabeleçam com clareza os objetos de despesa e sua justificação⁴⁰⁷. Por último, a Corte observa que, dos comprovantes enviados com respeito a alguns gastos, não se evidenciam claramente gestões vinculadas ao presente caso.

318. Sem prejuízo do anteriormente exposto, a Corte constatou que os representantes incorreram em diversos gastos junto a este Tribunal, relativos, entre outros aspectos, a recolhimento de prova, transporte, serviços de comunicação, na tramitação interna e internacional do presente caso. Levando em conta o anterior, o Tribunal determina, em equidade, que o Estado pague o montante de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares dos Estados Unidos da América), US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) e US\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor do Grupo Tortura Nunca Mais, da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo e do Centro pela Justiça e o Direito Internacional, respectivamente, a título de custas e gastos. No procedimento de supervisão de cumprimento da presente Sentença, a Corte poderá dispor o reembolso por parte do Estado, às vítimas ou a seus representantes, das despesas razoáveis devidamente comprovadas.

4. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

319. O Estado deverá efetuar o pagamento das indenizações a título de dano material, dano imaterial e por restituição de custas e gastos estabelecidos na presente Sentença diretamente às pessoas e às organizações nela indicadas, no prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos seguintes.
320. Caso os beneficiários tenham falecido ou venham a falecer antes que lhes seja paga a indenização respectiva, o pagamento de que se trata será efetuado diretamente aos herdeiros, conforme o Direito interno aplicável.

406 Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez versus Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C N.º. 170, par. 275; *Caso Fernández Ortega e outros*, supra nota 53, par. 298; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, supra nota 45, par. 285.

407 Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, supra nota 406, par. 277; *Caso Fernández Ortega e outros*, supra nota 53, par. 298, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, supra nota 45, par. 285.

321. O Estado deve cumprir as obrigações monetárias, mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América, ou o equivalente em moeda brasileira, utilizando, para o cálculo respectivo, o tipo de câmbio que esteja vigente na bolsa de Nova York, no dia anterior ao pagamento.
322. Se, por causas atribuíveis aos beneficiários das indenizações ou aos herdeiros, não for possível o pagamento dos montantes determinados no prazo indicado, o Estado destinará esses montantes a seu favor, em conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira brasileira solvente, em dólares dos Estados Unidos da América, nas condições financeiras mais favoráveis permitidas pela legislação e pela prática bancária. Caso a indenização de que se trate não seja reclamada no transcurso de dez anos, os montantes serão devolvidos ao Estado com os juros devidos.
323. Os montantes determinados na presente Sentença como indenização e como restituição de custas e gastos deverão ser entregues às pessoas e às organizações mencionadas, de maneira integral, conforme o disposto nesta Sentença, sem reduções decorrentes de eventuais ônus fiscais.
324. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre o montante devido, correspondentes aos juros bancários de mora no Brasil.

XII. PONTOS RESOLUTIVOS

325. Portanto,

A CORTE

DECIDE,

por unanimidade:

1. Admitir parcialmente a exceção preliminar de falta de competência temporal interposta pelo Estado, em conformidade com os parágrafos 15 a 19 da presente Sentença.
2. Rejeitar as demais exceções preliminares interpostas pelo Estado, nos termos dos parágrafos 26 a 31, 38 a 42 e 46 a 49 da presente Sentença.

DECLARA,

por unanimidade, que:

3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e a sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.
4. O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas no parágrafo 125 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 101 a 125 da mesma.
5. O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu Direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada, indicados nos parágrafos 180 e 181 da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 137 a 182 da mesma.
6. O Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais estabelecidos no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 13.1 do mesmo instrumento, por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária, todo o anterior em

prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 212, 213 e 225 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 196 a 225 desta mesma decisão.

7. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo instrumento, em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 243 e 244 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 235 a 244 desta mesma decisão.

E DISPÕE,

por unanimidade, que:

8. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.
9. O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença.
10. O Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 261 a 263 da presente Sentença.
11. O Estado deve oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 267 a 269 da presente Sentença.
12. O Estado deve realizar as publicações ordenadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 273 da presente Sentença.
13. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 277 da presente Sentença.
14. O Estado deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório

- sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 283 da presente Sentença.
15. O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com essa medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado por meio dos mecanismos existentes no Direito interno.
 16. O Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma nos termos do parágrafo 292 da presente Sentença.
 17. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 304, 311 e 318 da presente Sentença, a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos, nos termos dos parágrafos 302 a 305, 309 a 312 e 316 a 324 desta decisão.
 18. O Estado deve realizar uma convocatória, em, ao menos, um jornal de circulação nacional e um da região onde ocorreram os fatos do presente caso, ou mediante outra modalidade adequada, para que, por um período de 24 meses, contado a partir da notificação da Sentença, os familiares das pessoas indicadas no parágrafo 119 da presente Sentença aporem prova suficiente que permita ao Estado identificá-los e, conforme o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei N.º. 9.140/95 e desta Sentença, nos termos do parágrafo 120 e 252 da mesma.
 19. O Estado deve permitir que, por um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, os familiares dos senhores Francisco Manoel Chaves, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho possam apresentar-lhe, se assim desejarem, suas solicitações de indenização utilizando os critérios e mecanismos estabelecidos no Direito interno pela Lei N.º. 9.140/95, conforme os termos do parágrafo 303 da presente Sentença.
 20. Os familiares ou seus representantes legais apresentem ao Tribunal, em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, documentação que

comprove que a data de falecimento das pessoas indicadas nos parágrafos 181, 213, 225 e 244 é posterior a 10 de dezembro de 1998.

21. A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres, em conformidade ao estabelecido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma. Dentro do prazo de um ano, a partir de sua notificação, o Estado deverá apresentar ao Tribunal um informe sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento.

O Juiz Roberto de Figueiredo Caldas deu a conhecer à Corte seu voto concordante e fundamentado, o qual acompanha esta Sentença.

Redigida em espanhol, português e inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 24 de novembro de 2010.



Diego García-Sayán

Presidente

Leonardo A. Franco

Margarette May Macaulay

Alberto Pérez Pérez

Manuel Ventura Robles

Rhadys Abreu Blondet

Eduardo Vio Grossi

Roberto de Figueiredo Caldas

Juiz *ad Hoc*

Pablo Saavedra Alessandri

Secretário

Comunique-se e execute-se,

Diego García-Sayán

Presidente

Pablo Saavedra Alessandri

Secretário



VOTO FUNDAMENTADO DO JUIZ *AD HOC* ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS COM RELAÇÃO À SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL DE 24 DE NOVEMBRO DE 2010

I. INTRODUÇÃO

1. O presente voto fundamentado, concordante de modo geral quanto às fundamentações e conclusões colegiadas da Corte, todas elas unânimes, cumpre o objetivo de esclarecer e enfatizar alguns pontos fundamentais para as sociedades brasileira e continental, além de seus respectivos Estados¹, sob a perspectiva de um juiz nacional de onde os graves fatos e crimes contra direitos humanos ocorreram.
2. O caso julgado envolve debate de transcendental importância para a sociedade e para o Estado como um todo, particularmente para o Poder Judiciário, que se deparará com caso inédito de decisão de tribunal internacional diametralmente oposta à jurisprudência nacional até então pacificada.

¹ *Uma explicação necessária para a compreensão pelo público brasileiro em geral: os termos “Estado” ou “Estados”, citados em toda a sentença, neste voto inclusive, têm o sentido de “país” ou “países”. O usual no Brasil é a utilização do termo “Estado” para significar uma subdivisão do país e não o país como um todo. Isso porque a divisão geopolítica brasileira é em estados e não em províncias como em grande parte das Américas.*

Tenho por concepção que a linguagem utilizada nas sentenças e decisões judiciais deve ser a mais simples e acessível possível ao cidadão comum. Afinal, devem ser destinadas à sociedade mais ampliadamente possível, não apenas aos doutos.

3. A jurisprudência brasileira firme, inclusive placitada por decisão recente do mais alto órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, esbarrou em jurisprudência tranquila desta Corte ao deixar de observar o *jus cogens*, ou seja, normas peremptórias obrigatórias aos Estados contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos² (também conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”, doravante indicada também somente como “Convenção”). Em apertada síntese, é por essa razão que o país está sendo condenado nesta sentença, pelas violações à Convenção, a saber:
- a) **desaparecimento forçado e os direitos violados das 62 pessoas³ desaparecidas** – violação dos direitos à personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal (artigos 3^o, 4^o, 5^o e 7^o), às garantias judiciais e proteção judicial (artigos 8^o e

2 Adotada em São Jose, Costa Rica, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978. O Brasil aderiu em 9 de julho de 1992 e ratificou-a em 25 de setembro de 1992.

3 Utilizaremos o termo “pessoa” em vez de “ser humano” ou “homem” em sentido genérico, de acordo, com o ditame do artigo 1.2 da Convenção: “Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.

4 Artigo 3^o – Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

5 Artigo 4^o – Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

6 Artigo 5^o – Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

7 Artigo 7^o - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou a encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou de outra autoridade por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou a um tribunal competentes, a fim de que decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competentes, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

8 Artigo 8^o - Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

25⁹), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos e o dever de adotar disposições de Direito interno (artigos 1.1¹⁰ e 2¹¹, todos da Convenção);

- b) **aplicação da Lei de Anistia como empecilho à investigação, ao julgamento e à punição dos crimes** – violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção e o dever de adotar disposições de Direito interno (artigos 1.1 e 2) em detrimento dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada;
- c) **ineficácia das ações judiciais não penais** – violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1) em detrimento dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada;
- d) **falta de acesso à informação sobre o ocorrido com as vítimas desaparecidas e executada** – violação do direito à liberdade de pensamento e expressão (artigo 13), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), em prejuízo dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada, e
- e) **falta de acesso à justiça, à verdade e à informação** – violação do direito à integridade pessoal (artigo 5), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), em detrimento dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada, pela violação e sofrimento gerados pela impunidade dos responsáveis.

9 Artigo 25 – Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

10 Artigo 1º – Obrigação de respeitar os direitos

1. *Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.*

11 O artigo 2º da Convenção dispõe que:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

II. CORTES SUPREMAS E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

4. Continuando na breve incursão sobre temas pontuais relevantes, se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil¹².
5. Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção¹³ equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes, estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar.

III. ADEQUAÇÃO DO DIREITO INTERNO ÀS NORMAS DA CONVENÇÃO AMERICANA

6. Mesmo as Constituições nacionais não de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com o artigo 2º da Convenção, os Estados comprometem-se a adotar medidas para eliminar normas legais e práticas de quaisquer espécies que signifiquem

¹² O reconhecimento de competência realizou-se em 10 de dezembro de 1998 e indica que “[o] Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração.” Cf. B- 32: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 4. Brasil. Reconhecimento da competência da Corte. Disponível em http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm. Acessado em 4 de outubro de 2010.

¹³ Adotada em São José, Costa Rica, no âmbito da Organização dos Estados Americanos por ocasião da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978. O Brasil aderiu em 9 de julho de 1992 e ratificou-a em 25 de setembro de 1992.

violação a ela e, também ao contrário, comprometem-se a editar legislação e desenvolver ações que conduzam ao respeito mais amplo e efetivo da Convenção¹⁴.

7. Um bom exemplo jurisprudencial é o Caso Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros vs. Chile. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C N°. 73), como se observa da fundamentação acerca da exata interpretação e alcance que se deve dar ao artigo 2º da Convenção Americana:

89. Esta Corte tem presente que, em 20 de janeiro de 1997, a Corte de Apelações de Santiago ditou sentença em relação ao presente caso, a qual foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça do Chile em 17 de junho de 1997. Por não estar de acordo com os fundamentos dessas sentenças, em 14 de abril de 1997, o governo do Chile apresentou, ao Congresso, **um projeto de reforma constitucional** para eliminar a censura cinematográfica. A Corte valora e destaca a importância da **iniciativa do Governo de propor a mencionada reforma constitucional, porque pode conduzir a adequar o ordenamento jurídico interno ao conteúdo da Convenção Americana em matéria de liberdade de pensamento e de expressão**. O Tribunal constata, entretanto, que apesar do tempo transcorrido a partir da apresentação do projeto de reforma ao Congresso, ainda não foram adotadas, conforme o previsto no artigo 2 da Convenção, as medidas necessárias para eliminar a censura cinematográfica e permitir, assim, a exibição do filme 'A Última Tentação de Cristo'". (destacamos)

8. Naquele caso, no voto concorrente do Juiz Cançado Trindade, têm-se expressões ainda mais incisivas:

"4. [...] A convenção Americana, juntamente com outros tratados de direitos humanos, "foi concebida e adotada com base na premissa de que os ordenamentos jurídicos internos devem se harmonizar com as disposições convencionais, e não vice-versa" (parágrafo 13). [e]m definitiva, adverti, "[N]ão se pode legitimamente esperar que essas disposições convencionais se "adaptem" ou se subordinem às soluções de Direito Constitucional ou de Direito Público interno, que variam de país a país [...]. A Convenção Americana e outros tratados de direitos humanos buscam, a *contrario sensu*, ter no Direito interno dos Estados-Parte o efeito de aperfeiçoá-lo, para maximizar a proteção dos direitos consagrados, acarretando, nesse propósito, sempre que necessário, a revisão ou a revogação de leis nacionais [...] que não se conformem com seus parâmetros de proteção." (parágrafo 14) (destacamos)

¹⁴ Cf. Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) versus Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C N°. 73, pars. 85 e seguintes.

9. No quarto item do parágrafo 40 do mesmo voto, o Juiz Cançado Trindade expõe que:

[Q]ualquer norma de Direito interno, independentemente de seu status (constitucional ou infraconstitucional), pode, por sua própria existência e aplicabilidade, *per se* comprometer a responsabilidade de um Estado-parte em um tratado de direitos humanos. (destacamos)

10. Portanto, em prol da garantia da supremacia dos direitos humanos, especialmente quando degradados por crimes de lesa-humanidade, faz-se mister reconhecer a importância dessa sentença internacional e incorporá-la de imediato ao ordenamento nacional, de modo que se possa investigar, processar e punir aqueles crimes até então protegidos por uma interpretação da Lei de Anistia que, afinal, é geradora de impunidade, descrença na proteção do Estado e de uma ferida social eternamente aberta, que precisa ser curada com a aplicação serena, mas incisiva, do Direito e da Justiça.

IV. RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE PELO ESTADO

11. A Corte em regra pronuncia-se acerca do reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado pelo próprio Estado.
12. O artigo 53.2 do Regulamento estabelece que “se o demandado comunicar à Corte seu acatamento às pretensões da parte demandante e às dos representantes das supostas vítimas, seus familiares ou representantes, a Corte, ouvido o parecer das partes no caso, resolverá sobre a procedência do acatamento e seus efeitos jurídicos.”
13. Portanto, o Tribunal, no exercício de seus poderes inerentes de tutela judicial internacional dos direitos humanos, poderá estabelecer seu livre convencimento sobre se o reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado por um Estado demandado oferece substância suficiente, nos termos da Convenção, para dar ou não seguimento ao conhecimento do mérito e à determinação das eventuais reparações e custas. Para tanto, a Corte deve fazer a análise da situação apresentada nos casos concretos¹⁵.

¹⁵ Corte IDH. Caso Montero Aranguren e outros vs. Venezuela. Sentença de 5 de julho de 2006. Série C N° 150, par. 39; Caso Baldéon García. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C N° 147, par. 38; Caso Acevedo Jaramillo e outros. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C N° 144, par. 173; e Caso Blanco Romero e outros. Sentença de 28 de novembro de 2005. Série C N° 138, par. 55.

14. No caso, o Estado brasileiro, durante todo o procedimento perante este Sistema Interamericano de Direitos Humanos, não controverteu a responsabilidade pelos fatos afetos a detenção arbitrária e ilegal, a tortura e a desaparecimento forçado, nos moldes propostos pela Lei Nº. 9.140, de 4 de dezembro de 1995¹⁶. Pelo contrário, em sua contestação às alegações finais dos representantes de novembro de 2006 no trâmite perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Estado reconheceu “[o] sentimento de angústia dos familiares das pessoas desaparecidas na Guerrilha do Araguaia, pois considera direito supremo de todos os indivíduos ter a possibilidade de prantear seus mortos, ritual no qual se inclui o enterro de seus restos mortais”¹⁷.
15. No livro-relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos – CEMDP¹⁸, o Estado reconheceu que a Lei Nº. 9.140/95 “firmou a responsabilidade do Estado pelas mortes, garantiu reparação indenizatória e, principalmente, oficializou o reconhecimento histórico de que esses brasileiros [...] morreram lutando como opositores políticos de um regime que havia nascido violando a constitucionalidade democrática erguida em 1946”¹⁹.
16. Desse modo, tendo a Comissão apontado o citado reconhecimento, os representantes consideraram que tal possui plenos efeitos jurídicos no procedimento perante a Corte e solicitaram que este Tribunal tome nota do reconhecimento dos fatos e da aceitação da responsabilidade feitos pelo Brasil, e que os seus alcances sejam incorporados a esta sentença. Ressaltaram, entretanto, o cunho limitado desse reconhecimento fático e pugnaram pela análise mais aprofundada do feito a fim de alcançar os fatos não reconhecidos de forma expressa pelo Estado.
17. A Corte admitiu o reconhecimento dos fatos e a aceitação de responsabilidade realizados pelo Estado, bem como reconheceu seus esforços e boa-fé na atualidade, porém entendeu que tal reconhecimento não ocorreu de forma plena e eficaz quanto a todas às violações trazidas a exame da Corte. Ao invés, o reconhecimento estatal guarda importantes limitações, tanto que sua defesa atual ainda é de não permitir a investigação, o processamento e a punição dos responsáveis pela aplicação da Lei de Anistia, em interpretação julgada incompatível com a Convenção, de dispositivos que carecem de efeitos jurídicos.

¹⁶ *Demanda da CIDH, par. 41. O preâmbulo da Lei Nº. 9.140/95 estabelece que a lei, entre outras coisas, “reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979”.*

¹⁷ Observações do Estado de maio de 2007, par. 10. Apêndice III da Demanda da CIDH.

¹⁸ Criada pela Lei Nº. 9.140/95.

¹⁹ Secretaria Especial de Direitos Humanos. *Direito à Memória e à Verdade*, op. Cit., p. 30.

V. COMPETÊNCIA PARA CLASSIFICAR CRIMES COMO DE LESA-HUMANIDADE

18. Não obstante a questão de fundo do Caso Guerrilha do Araguaia não tratar de discussão sobre a competência específica da Corte para proceder à ampliação material do conceito de *jus cogens*, teço alguns comentários sobre a possibilidade e a pertinência de examinar os crimes de lesa-humanidade. Na esteira do caso Goiburú, o julgamento do caso Almonacid demonstra que o *jus cogens* transcende o Direito dos Tratados e abarca o Direito Internacional em geral, inclusive o Direito Internacional dos Direitos Humanos.
19. Desafia a finalidade com a qual a Corte foi instituída não permitir que ela considere como imperativos determinados direitos. A Corte pode e, mais do que isso, tem a obrigação de atribuir natureza de *jus cogens* àqueles direitos mais caros à pessoa, componentes do núcleo duro de proteção (“*hard core of human rights*”), de modo a protegê-la e a cumprir a finalidade de proteção aos direitos humanos agasalhados na Convenção Americana.
20. A noção do crime de lesa-humanidade produziu-se já nos primórdios do século passado, estando consubstanciado no preâmbulo da Convenção de Haia sobre as Leis e Costumes de Guerra (1907), segundo o qual os Estados pactuantes submetem-se às garantias e ao regime dos princípios do Direito Internacional preconizados pelos costumes estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública²⁰.
21. Do mesmo modo, deve-se atentar para o papel exercido pelo Estatuto de Nuremberg no estabelecimento dos elementos caracterizadores dos crimes de lesa-humanidade. Reconheceu-se a existência de um costume internacional, como uma expressão do Direito Internacional que proibia esses crimes (Caso Almonacid, parágrafo 96). Diferentemente desse caso, Almonacid referiu-se a um único atentado, mais difícil portanto de classificar como crime de lesa-humanidade, e mesmo assim esta Corte estabeleceu o precedente memorável.
22. O ex-presidente da Corte, A.A. Cançado Trindade, em seu voto separado no Caso Almonacid, relembrou que a configuração dos crimes contra a humanidade é uma manifestação mais da consciência jurídica universal, de sua pronta reação aos crimes que

²⁰ Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C N°. 154, par. 94.

afetam a humanidade como um todo. Destacou que, com o passar do tempo, as normas que vieram a definir os “crimes contra a humanidade” emanaram, originalmente, do Direito Internacional Consuetudinário, e desenvolveram-se, conceitualmente, mais tarde, no âmbito do Direito Internacional Humanitário, e, mais recentemente, no domínio do *jus cogens*, do Direito imperativo (Almonacid, parágrafo 28).

23. Os crimes de desaparecimento forçado, de execução sumária extrajudicial e de tortura perpetrados sistematicamente pelo Estado para reprimir a Guerrilha do Araguaia são exemplos acabados de crime de lesa-humanidade. Como tal, merecem tratamento diferenciado, isto é, seu julgamento não pode ser obstado pelo decurso do tempo, como a prescrição, ou por dispositivos normativos de anistia.
24. A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adotou, em 26 de novembro de 1968, a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Deve-se identificar como característica desta convenção que ela não é criadora-inovadora do Direito, mas sim consolidadora, razão pela qual, ainda que não ratificada, ela deverá ser aplicada pelo Estado. Na mesma esteira, em 1974, o Conselho da Europa elaborou a Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade e dos Crimes de Guerra.
25. Assim o fizeram não por uma imposição de tratativas. Não é fruto, pois, de conclusão alcançada por meio do processo de negociação, assinatura, ratificação e referendo parlamentar que pressupõe toda a adoção de tratado internacional. A bem da verdade, **esses instrumentos supranacionais só fazem reconhecer aquilo que o costume internacional já determinava.**
26. Também ocorreu, no tocante à Convenção de Viena de 1969, tratado multilateral de consolidação das regras costumeiras de celebração de tratados entre Estados soberanos. Desde a sua efetiva entrada em vigor em âmbito internacional, em 1980, passaram-se longos 29 anos até que o Brasil internalizasse a Convenção, vindo a fazê-lo sob a imposição de duas reservas aos termos da Convenção.
27. Por outro lado, 42 anos após a sua adoção no âmbito internacional, o Brasil permanece sem a devida ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, não obstante tê-la assinado. Essa omissão certamente foi fruto de pressão política daquele grupo de militares que praticou as atrocidades descritas neste processo. Entretanto, essa falta de ratificação é superada, pois, como já entendeu esta Corte, a sua observância obrigatória decorre do costume internacional e

não do ato de ratificação. A imprescritibilidade desses crimes surge como categoria de norma de Direito Internacional geral, que não nasce com a dita Convenção, mas sim é nela reconhecido (Caso Almonacid, parágrafos 152 e 153).

28. É bom frisar que embora esta Corte tenha competência para guardar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em certos casos é levada a tomar conhecimento de crimes. A Corte carecerá, por óbvio, de competência para julgar penalmente os indivíduos pelos crimes, mas terá a competência para analisar os fatos e a eles aplicar consequências em sua esfera de atuação, condenando o Estado que permitiu ou agiu para que os crimes fossem perpetrados. E ao conhecer da matéria, a Corte tem a obrigação de aplicar o Direito à espécie concreta, sob pena de injustificável omissão. E ao classificar um crime como de lesa-humanidade ou crime grave contra direitos humanos, a Corte faz de maneira incidental (*obiter dictum*) e não vinculante da esfera penal, nacional ou internacional.
29. O exame de conceito da esfera do Direito Penal Internacional não deve melindrar a Corte ou instâncias judiciárias nacionais, dada a evidente confluência de várias circunscrições do Direito Internacional, o que vem sendo propalado pela doutrina e pela jurisprudência não é de hoje. Assim o é porque são largas as fronteiras entre os sub-ramos como os Direitos Humanos, o Direito Humanitário e o Direito Penal Internacional. Suas normas e suas fontes são necessariamente complementares, senão correr-se-ia o grave risco de divergência entre as interpretações desses nichos jurídicos que jamais seriam uniformizadas, com lamentável insegurança jurídica para a humanidade.

VI. CONCLUSÃO

30. Finalmente é prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de Direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade.
31. É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na

punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas.

Roberto de Figueiredo Caldas

Juiz ad Hoc

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

FONTE: ARQUIVO NACIONAL



