

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro



ROBERTO LIMA SANTOS

**A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO
BRASILEIRO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS PELA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DAS VÍTIMAS
DA DITADURA MILITAR (1964 A 1985)**

JACAREZINHO
2009

ROBERTO LIMA SANTOS

**A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO
BRASILEIRO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS PELA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DAS VÍTIMAS
DA DITADURA MILITAR (1964 A 1985)**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão), da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

**JACAREZINHO
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

ROBERTO LIMA SANTOS

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS PELA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DAS VÍTIMAS DA DITADURA MILITAR (1964 A 1985)

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão), da Universidade Estadual do Norte do Paraná –UENP, defendida por Roberto Lima Santos, e aprovada em 25 de setembro de 2009, com recomendação para publicação, por banca examinadora constituída pelos doutores:

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Dr. André de Carvalho Ramos
Universidade de São Paulo - USP

Professor Dr. Vladimir Brega Filho
Universidade Estadual do Norte do Paraná –UENP

Professor Dr. Maurício Gonçalves Saliba
Universidade Estadual do Norte do Paraná –UENP

Jacarezinho, 25 de setembro de 2009.

*Aos meus pais, **Ivanilton** (in memoriam) e **Risalva**.
À minha amada Leila, pela compreensão e carinho.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador e amigo Doutor Vladimir Brega Filho, pela objetividade, transparência e confiança no meu trabalho e pelo respeito com que lidou com minhas idéias e projetos.

Ao Doutor Walter Claudius Rothenburg, quem me “desafiou” a escrever sobre o assunto.

Ao Doutor André de Carvalho Ramos, pessoa a quem credito o meu despertar para o estudo da Responsabilidade Internacional do Estado por violações aos direitos humanos e pelas sugestões no decorrer desse trabalho.

Às Doutoras Glenda Mezarobba e Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos pela disposição em ajudar.

Aos meus colegas de mestrado.

"Ah, triste e miserável Brasil, que porque esta razão de estado se praticou em ti, por isso és triste e miserável! Não é miserável a república onde há delitos, senão onde falta o castigo deles: que os reinos e os impérios não os arruinam os pecados por cometidos, senão por dissimulados. Dissimular com os maus, é mandar-lhes que o sejam, disse SÊNECA, e mais era gentio." (ANTONIO VIEIRA, no Sermão da Visitação de Nossa Senhora, Salvador, 20 de junho de 1640).

SANTOS, Roberto Lima. **A responsabilidade internacional do estado brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos pela violação aos direitos das vítimas da ditadura militar (1964 A 1985)**. 2009. 249 fls. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica - Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão) - da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI, Jacarezinho, 2009.

RESUMO

Trata-se de dissertação de mestrado que visa examinar a responsabilidade internacional do Estado brasileiro no Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela violação aos direitos das vítimas da ditadura militar (1964-1985). O aparelho repressivo da ditadura militar e sua complexa estrutura formalizou a convivência da burocracia dos regulamentos com a prisão, tortura, desaparecimentos forçados e assassinatos. Com a passagem para a democracia, o Estado brasileiro tem que lidar com conflitos que não cessaram com o fim do regime de exceção, dentre eles a difícil questão de se decidir sobre a punição para esses crimes, inseridos no que se convencionou denominar de justiça de transição. Para tanto, analisa-se a interação do direito penal internacional e do direito internacional dos direitos humanos, ferramentas da justiça de transição, que estabelecem parâmetros no que diz respeito a crimes contra a humanidade e repercutem na relação da soberania do Estado brasileiro com o seu dever de respeitar os tratados internacionais de direitos humanos, vinculando todos os seus poderes, especialmente quando se trata da aplicação da lei de anistia brasileira (6.683/79). Após, examina-se os pressupostos da responsabilidade internacional do Estado brasileiro à luz do mecanismo regional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, identificando-se dentro da estrutura política-administrativa brasileira quais são as instituições que vêm desrespeitando os direitos das vítimas da ditadura militar previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Por fim, analisa-se as reparações devidas às vítimas, em caso de condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que envolvem uma série de medidas que deverão ser dirigidas a todas as autoridades que não vêm assegurando a proteção conferida por essa norma internacional de proteção dos direitos humanos. A luta por verdade, memória, justiça e reparação em relação aos crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar pode contribuir para tornar o Judiciário brasileiro mais permeável aos tratados internacionais de direitos humanos e para o fortalecimento do Estado de Direito e da democracia no país.

Palavras-Chave: Anistia. Ditadura militar. Justiça de transição. Crimes contra a humanidade. Responsabilidade Internacional do Estado brasileiro.

SANTOS, Roberto Lima. **The international responsibility of the Brazilian state in the inter-american system of human rights by the violation of the rights of the victims of the military dictatorship (1964-1985)**. 2009. 249 fls. Dissertation (Masters Degree in Law Science - Concentration Area: Justice's Theories: Justice and Exclusion) of Law School of North Pioneer - FUNDINOPI, Jacarezinho, 2009.

ABSTRACT

The aim of this dissertation is to examine the international responsibility of the Brazilian State in the Inter-American System of Human Rights for having violated the rights of the victims of the military dictatorship (1964-1985). The repressive scheme of the military dictatorship and its complex structure formalized the coexistence of the bureaucracy of regulations with the arrest, torture, forced disappearances and murders. With the transition to democracy, the Brazilian State had to deal with conflicts that haven't ceased with the end of the regime, one of them being the difficult question of deciding on the punishment for the crimes, which have been conventionally called justice of transition. Thus, an analysis is done of the interaction of the international criminal law and of the international law of human rights, transitional justice tools, which establishes parameters connected with crimes against humanity and impact on the relationship of the sovereignty of the Brazilian State with its powers, especially when it comes to enforcing the Brazilian amnesty law (6.683/79). Following this, the assumptions of the international responsibility of the Brazilian State is examined, in the light of the mechanism of the regional Inter-American Human Rights System, seeking to identify which, in the political-administrative structure, are the Brazilian institutions that have been disregarding the rights of the victims of the military dictatorship in the American Convention on Human Rights. Finally, we examine the reparations to the victims in the case of Brazil's conviction in the Inter-American Court of Human Rights, which involve a series of measures that should be addressed to all the authorities that haven't been ensuring the protection conferred by this international norm of protection of the human rights. The struggle for truth, memory, justice and reparations in relation to the crimes against humanity, committed during the military dictatorship, can contribute to make the Brazilian Judiciary more amenable to the international treaties of human rights and to improve the Rule of Law and the democracy of the country.

Keywords: Amnesty. Military dictatorship. Transition justice. Crimes against the humanity. International Responsibility of Brazilian State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
-------------------------	-----------

CAPÍTULO 1 - DITADURA MILITAR E A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL	14
--	-----------

1.1 A DOCTRINA DA SEGURANÇA NACIONAL E A REPRESSÃO POLÍTICA	14
1.2 A RUPTURA DA ORDEM CONSTITUCIONAL: O ESTADO DE EXCEÇÃO.....	16
1.3 A “JUDICIALIZAÇÃO” DA REPRESSÃO POLÍTICA.....	22
1.4 BUROCRACIA E RESPONSABILIDADES	24
1.5 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO	30
1.5.1 Crimes Contra a Humanidade: Punir ou Perdoar?	33
1.5.2 Das Variadas Formas de Respostas às Graves Violações aos Direitos Humanos: Vingança, Esquecimento e Julgamento.....	39
1.5.3 Direito à Verdade e à Memória Frente às Graves Violações aos Direitos Humanos	41
1.5.4 Verdade Factual v. Verdade Histórica	49
1.5.5 A Opção Brasileira: O Esquecimento (Anistia) para uma Transição Pacífica	53
1.5.5.1 Crimes políticos e conexos (crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política)	56
1.5.5.2 O argumento do mal menor para a transição pacífica	62
1.5.5.3 As medidas da justiça de transição (in)aplicadas no Brasil.....	65

CAPÍTULO 2 – A CONFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL COM O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	73
--	-----------

2.1 O INDIVÍDUO COMO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL E A QUESTÃO DA SOBERANIA DOS ESTADOS	73
2.2 CRIMES INTERNACIONAIS	76
2.2.1 A Caracterização dos Crimes Contra a Humanidade pelo Direito Internacional	77

2.2.2 A Obrigatoriedade da Persecução Penal em Face dos Perpetradores de Crimes Contra a Humanidade	85
2.2.3 A Configuração dos Crimes Praticados pela Ditadura Militar no Brasil Contra a Dissidência Política como Crimes Contra a Humanidade.....	88
2.2.4 A Imprescritibilidade dos Crimes Contra a Humanidade.....	94
2.2.5 O <i>Jus Cogens</i> e o Costume Internacional.....	98
2.2.6 Inexistência de Reserva Constitucional para Disciplinar Matéria de Prescrição Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	105
2.3 A ANISTIA DE “DUPLA VIA” NO DIREITO INTERNACIONAL.....	107
2.3.1 A Teoria dos “Dois Demônios”	110
2.3.2 A Invalidade das “Auto-Anistias” no Sistema Interamericano de Direitos Humanos	115
2.4 AS TENTATIVAS DE INVESTIGAR E PUNIR OS CRIMES DA DITADURA MILITAR.....	119
2.4.1 Os Fatores Político-Jurídicos Limitativos da Apuração de Responsabilidades	123

CAPÍTULO 3 - A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

BRASILEIRO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS..... 135

3.1. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.....	135
3.2. OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.....	141
3.3 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	144
3.3.1 A Convenção Americana de Direitos Humanos.....	145
3.3.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....	146
3.3.3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos	149
3.3.3.1 A jurisdição obrigatória da Corte Interamericana sobre o Brasil e a cláusula temporal.....	152
3.4 OS DIREITOS DAS VÍTIMAS PREVISTOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DESRESPEITADOS PELA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS AGENTES ESTATAIS ENVOLVIDOS COM A REPRESSÃO POLÍTICA DURANTE A DITADURA MILITAR NO BRASIL.....	157
3.4.1 O Relatório nº 33/01 Sobre a Guerrilha do Araguaia.....	164
3.4.2 A Audiência Temática Sobre a Lei de Anistia Brasileira.....	167

3.5 DIREITOS DOS PERPETRADORES: TERCEIROS PREJUDICADOS FRENTE A SENTENÇA INTERNACIONAL?.....	169
3.6 AS ORIGENS DA ILICITUDE: OS ÓRGÃOS BRASILEIROS RESPONSÁVEIS PELAS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DAS VÍTIMAS DA DITADURA MILITAR	171
3.6.1. Poder Legislativo	172
3.6.2 Poder Judiciário	175
3.6.3 Ministério Público	180
3.6.4 Poder Executivo.....	181
3.7 OS REGIMES DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....	184
3.7.1 Responsabilidade Internacional Pela Violação de Obrigação <i>Erga Omnes</i>	185
3.7.2 Responsabilidade Internacional “Agravada” Pela Violação “Sistemática” ou “Flagrante” do <i>Jus Cogens</i>	187
3.7.2.1 A responsabilidade internacional “agravada” na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	191
CAPÍTULO 4 - AS REPARAÇÕES DEVIDAS ÀS VÍTIMAS	198
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	198
4.2 O CONCEITO DE VÍTIMA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	201
4.3 AS DIVERSAS FORMAS DE REPARAÇÃO	208
4.3.1 <i>Restitutio in integrum</i>	209
4.3.2 Indenização.....	211
4.3.3 Satisfação.....	213
4.3.4 Dever de Investigar, Processar e Punir	219
4.3.4.1 Teorias sobre a punição e as suas insuficiências frente às graves violações aos direitos humanos.....	222
4.3.4.2 Reparções e justiça restaurativa nas graves violações aos direitos humanos	225
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	231
REFERÊNCIAS	234

INTRODUÇÃO

O sigilo que se impôs sobre os crimes da ditadura militar no Brasil, cujas lembranças ficaram restritas às vítimas e seus familiares em suas relações privadas, desrespeitou o direito coletivo da sociedade brasileira ao conhecimento público das violações aos direitos humanos e forjou o esquecimento da história para escapar à composição de conflitos passados. Isso, além de perpetuar o sofrimento das vítimas e impedir a construção de uma memória coletiva, manteve essa ferida aberta.

Esse silêncio também se refletiu no âmbito do direito, pois o tema acabou sendo negligenciado nesta área. Muito pouco se fala nos cursos jurídicos sobre o assunto, sequer uma única aula na graduação é destinada a comentar a subversão da aplicação do direito à época e a discutir os casos mais emblemáticos julgados pelo Judiciário. Os trabalhos acadêmicos relacionados à repressão política, à doutrina de segurança nacional e à lei de anistia são escassos, embora recentemente o interesse sobre o assunto venha ganhando corpo.

Passados mais de trinta anos da edição da lei de anistia brasileira (6.683, de 28.09.1979), cuja validade vem sendo desafiada por recentes iniciativas que buscam responsabilizar civil e penalmente os agentes da repressão política, e sua constitucionalidade está sob julgamento no Supremo Tribunal Federal, o presente trabalho insere-se nesta necessidade de se discutir os crimes da ditadura militar e alguns assuntos correlatos, bem como analisar a real possibilidade do Estado brasileiro ser responsabilizado internacionalmente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela omissão em exercer a persecução penal dos agentes da repressão, em virtude da violação de inúmeros compromissos internacionais assumidos pelo Brasil que assim o determinam.

Num tema polêmico como este, manter um equilíbrio entre o comprometimento afetivo de solidariedade e o distanciamento crítico é uma tarefa difícil. Contudo, não existindo neutralidade, sua enunciação poderia operar como encobrimento voluntário ou involuntário de uma parcialidade ideológica e não há arbitrariedade maior do que pretender ser objetivo.

Adotamos um posicionamento claro, guiados pela única “ideologia” que nos resta, a dos direitos humanos em seu sentido universal, contrariamente à interpretação de que a anistia impede a responsabilização dos agentes da repressão e isso por força da interação e

aplicação da legislação doméstica com o direito penal internacional e com o direito internacional dos direitos humanos, que, intencionalmente ou não, são ignorados no caso brasileiro, isolando-o da comunidade jurídica internacional, pois o Brasil segue sendo o único país do Cone Sul que passou por uma ditadura militar e não deu passos concretos no sentido da responsabilização dos agentes da repressão.

Para tanto, a lei de anistia 6.683/79 foi confrontada com uma interpretação crítica da ordem jurídica doméstica e da ordem jurídica internacional, mediante a análise de diversos tratados, convenções e costumes internacionais aplicáveis ao caso, não passando pelo crivo de validade e legitimidade nas duas perspectivas. Sobretudo, sob a ótica do direito internacional dos direitos humanos, o trabalho se interessa pelas conseqüências de uma possível condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos do Estado brasileiro. Nesse contexto, o trabalho foi sistematizado da maneira que segue.

O capítulo 1 abordou a doutrina da segurança nacional e os atos da repressão política da ditadura militar brasileira que institucionalizaram o estado de exceção, mediante a constituição de um sistema policial-burocrático voltado à transferência de responsabilidades. Em seguida, tratamos dos problemas inerentes à justiça de transição e as decisões que devem ser tomadas, após a passagem para um governo democrático, pelas sociedades que sofreram com passados de abusos e violações aos direitos humanos, dentre as quais, se destaca a de se decidir pela punição ou não dos perpetradores. Foram analisadas as medidas (in)aplicadas da justiça de transição no Brasil e as razões para o baixo engajamento do país com seus postulados, especialmente, sua opção pelo esquecimento dos crimes praticados durante a ditadura pela concessão da anistia, mediante a justificativa do argumento do mal menor para uma transição pacífica.

No capítulo 2 estudamos a interação do direito penal internacional com o direito internacional dos direitos humanos, com o resgate do indivíduo para o centro do debate do direito internacional e a conseqüente flexibilização da soberania dos Estados em assuntos relacionados aos direitos humanos. Analisamos as figuras dos crimes internacionais e dos crimes contra a humanidade, bem como a caracterização jurídico-formal dos crimes praticados pelos agentes da repressão no Brasil nessa última categoria, com as conseqüências jurídicas inerentes à espécie, como a imprescritibilidade e impossibilidade de anistiá-los. Passamos em revista as tentativas de se investigar e punir esses crimes no Brasil e tentamos entender os motivos dos seus

fracassos, levando-se em perspectiva de comparação os casos de outros países do Cone Sul que estão responsabilizando agentes da repressão política.

O capítulo 3 foi destinado ao estudo de noções básicas da teoria da responsabilidade internacional do Estado por violações aos direitos humanos, e seus diferenciados regimes, especialmente no mecanismo coletivo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua interação com a ordem jurídica brasileira. Neste caso, foram analisados os direitos das vítimas previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos desrespeitados pela ausência de responsabilização dos agentes estatais envolvidos com a repressão política durante a ditadura militar no Brasil, à luz das decisões, pareceres e sentenças da Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos, relacionados a outros países em que foram questionadas a validade das leis de anistia, bem como à própria lei de anistia brasileira. Procuramos identificar dentro da estrutura política-administrativa brasileira, os órgãos responsáveis por essas violações, destacando o papel do Poder Judiciário nacional, impermeável à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, que não vem cumprindo seu papel de garantidor máximo das liberdades públicas relacionadas ao tema.

O capítulo 4 dedica-se às reparações devidas às vítimas no caso de condenação do Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que compreende uma série de providências, cujo efeito mais contundente seria a determinação de investigar, processar e punir os responsáveis pelos crimes praticados durante a ditadura militar. Porém, algumas alternativas ao encarceramento foram vislumbradas, tendo em vista o esgotamento do sistema tradicional de justiça penal, mais consentâneas com as graves violações aos direitos humanos.

CAPÍTULO 1

DITADURA MILITAR E A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

1.1 A DOCTRINA DA SEGURANÇA NACIONAL E A REPRESSÃO POLÍTICA

O fim da 2ª Guerra Mundial marcou a polarização do mundo em dois grandes blocos, com as potências vencedoras, Estados Unidos e União Soviética, dividindo as suas influências sobre o resto do globo. O Brasil e diversos outros países da região¹, que lutaram como aliados dos Estados Unidos na Segunda Guerra, ficaram sob a influência norte-americana, começando a partir daí o embrião de uma cooperação estratégica militar que se estendeu sob as décadas posteriores, caracterizada pela uniformidade de doutrinas, treinamento conjunto de quadros e estreita identidade ideológica.

Essa influência sobre a nova concepção de “Defesa Nacional”, que visava a contenção do comunismo, ficou conhecida como “doutrina da segurança nacional”, que procurava fortalecer o “Poder Nacional” não contra um ataque externo, mas contra um “inimigo interno” que teoricamente tentava solapar as instituições, num suposto contexto de “guerra interna”².

Resumindo os grandes fundamentos da Doutrina de Segurança Nacional desenvolvida pela Escola Superior de Guerra (ESM)³, Golbery, citado por Dom Paulo Evaristo Arns (1990, p. 70), vaticinava:

¹Os regimes políticos repressivos se instalaram em todos os países do Cone Sul: Brasil (1964), Argentina (1966 e 1976), Uruguai (1973), Chile (1973), enquanto que a ditadura de Stroessner, no Paraguai remonta à década anterior, 1954.

²Para maiores detalhes sobre a doutrina da segurança nacional na América Latina: COMBLIN, P.e Joseph. *A Ideologia da Segurança Nacional: O Poder Militar na América Latina*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. José Roberto Martins Filho (2009), apesar de não contestar o apoio americano ao golpe de 1964, critica a tese de Joseph Comblin de que a doutrina que inspirou os golpes militares partira dos EUA e demonstra a influência da doutrina francesa de *Guerre Révolutionnaire* no golpe.

³A Escola Superior de Guerra foi fundada em 1949, inspirada na similar norte-americana *National War College*, sob a jurisdição do Estado-Maior das Forças Armadas. De 1954 a 1964, a ESG desenvolveu uma teoria de direita para intervenção no processo político nacional. A partir de 1964, a ESG funcionaria também como formadora de quadros para ocupar funções nos sucessivos governos. Dentre os seus subprodutos, além da ideologia anticomunista, que se traduziu na Doutrina da Segurança Nacional, destaca-se a criação do Serviço Nacional de Informações (SNI), por Golbery do Couto e Silva (ARNS, 1990, p. 70; BRASIL, 2007, p. 22).

Daí um novo dilema – o do Bem Estar e o da Segurança, apontado por Goering, em dias passados, sob a forma menos justa, mas altamente sugestiva, de seu conhecido slogan: “Mais canhões, menos manteiga”. E, na verdade, não há como fugir à necessidade de sacrificar o Bem-Estar em proveito da Segurança, desde que essa se veja realmente ameaçada. Os povos que se negaram a admiti-lo aprenderam no pó da derrota a lição merecida.

O país não aceitaria mais divergências internas e identificava a vontade da Nação e do Estado com a vontade do regime. O sacrifício do Bem-Estar em proveito da Segurança corresponderia à supressão da liberdade, das garantias constitucionais e dos direitos humanos⁴.

O alvo inicial eram apenas os opositores no plano partidário e na luta política clandestina, mas a doutrina da segurança nacional acabaria se estendendo para solapar também a liberdade de imprensa, ao determinar que os jornais e emissoras de rádio e televisão deveriam auxiliar no fortalecimento dos objetivos nacionais permanentes, abrindo caminho para proibi-los de publicar comentários contrários às autoridades governamentais a fim de não fomentar a discórdia na opinião pública contra elas, gerando animosidade ou a chamada guerra psicológica adversa.

A compreensão dos regimes ditatoriais é empreendida com base nas observações de Hannah Arendt (2004a, p. 95), segundo a qual, a “ditadura no sentido romano da palavra era planejada e continua a ser compreendida como uma ‘medida de emergência’ do governo constitucional e legítimo, estritamente limitada no tempo e no poder”. Além dessa espécie, são conhecidas as

ditaduras modernas como novas formas de governo, nas quais ou os militares tomam o poder, abolem o governo civil e privam os cidadãos de seus direitos e liberdades políticos, ou um partido se apodera do aparato de Estado às custas de todos os outros partidos e assim de toda a oposição política organizada. Os dois tipos acarretam o fim da liberdade política, mas a vida privada e a atividade não política não são necessariamente afetadas (ARENDR, 2004a, p.95).

Arendt também observa que esses regimes ditatoriais em geral perseguem os opositores políticos com grande crueldade e eles se distanciam de um governo constitucional na

⁴ No Brasil, com base nessa doutrina, foram editadas várias Leis de Segurança Nacional, sob a forma de Decretos-leis: DL 314, de 1967, e DL’s 510 e 898, de 1969. Todos de conteúdos autoritários visavam dar um viés de legalidade ao aparato repressivo.

medida em que é inconcebível a existência deste sem que se assegurem os direitos da oposição (2004a, p. 95).

Segundo a autora, que se debruçou a estudar os regimes totalitários, a diferença entre estes e os regimes ditatoriais é que nestes os crimes que são cometidos se dirigem contra inimigos declarados do regime no poder, enquanto que nos regimes totalitários os crimes diziam respeito a pessoas que eram “inocentes” mesmo sob a ótica do partido no poder (ARENDDT, 2004a, p. 95-96). No mesmo sentido, Giorgio Agamben (2004, p. 12) afirma que o totalitarismo moderno permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político.

No Brasil, a ditadura militar que durou de 1964 a 1985 passou por três fases distintas: a primeira com a sua constituição por meio do Golpe de Estado, em abril de 1964, e a consolidação do novo regime. A segunda começa em dezembro de 1968, com a decretação do Ato Institucional nº 5 (AI-5), fase que ficou conhecida como “anos de chumbo”, em que a violência da repressão atingiu o seu maior patamar. A última se inaugura com a posse do General Ernesto Geisel em 1974, que se convencionou chamar de distensão “lenta, segura e gradual”, mas cuja linha dura militar permaneceu mais atuante que nunca. Vejamos, sob a ótica constitucional, como se instalou o regime político repressivo.

1.2 A RUPTURA DA ORDEM CONSTITUCIONAL: O ESTADO DE EXCEÇÃO

Tradicionalmente, duas são as formas básicas de expressão do Poder Constituinte: outorga e assembléia nacional constituinte ou convenção. A outorga é o estabelecimento da Constituição por ato unilateral dos revolucionários, que autolimitam seu poder, enquanto que a assembléia nacional constituinte surge da deliberação da representação popular, convocada pelo agente revolucionário, a fim de estabelecer o novo pacto social e de contenção do Poder. Do preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964, pode-se ler:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constitucional. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força

normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. [...] A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe. [...] Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções a sua legitimação.

A “revolução” de 1964, a pretexto de defender a democracia, destróçou a Constituição de 1946 e sobre suas ruínas ergueu-se o país autoritário dos atos institucionais. Havia uma constante no pensamento dos integrantes do movimento de 64 de buscarem legitimidade e por isso havia a preocupação com a edição de uma nova Constituição e com a manutenção do Congresso, pois os revolucionários recebiam a recepção e a repercussão negativa no mundo democrático, mas que não impede a constatação de que a verdadeira Constituição daqueles anos foram os atos institucionais (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 429-430), que consolidaram o *estado de exceção* em que mergulhou o país no período de 1964 a 1985.

A respeito do conceito de *estado de exceção* observa-se que até hoje “falta uma teoria do estado de exceção no direito público, e tanto juristas quanto especialistas em direito público parecem considerar o problema muito mais como uma *quaestio facti* do que como um genuíno problema jurídico” (AGAMBEN, 2004, p. 11).

Para Giorgio Agamben não só a legitimidade de tal teoria é negada pelos autores, como também afirmam que o estado de necessidade⁵ ou a “medida de emergência”, referida por Arendt, sobre o qual se baseia a exceção, não pode ter forma jurídica, porque se situa no limite entre a política e o direito. Dessa forma, “as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal” (AGAMBEN, 2004, p. 12).

A dificuldade de uma definição do estado de exceção, encontra-se na sua estreita vinculação com a guerra civil, a insurreição e a resistência, que são o oposto do estado normal, situando-se numa zona de indecisão quanto ao estado de exceção, que é a resposta imediata do Estado aos conflitos internos extremados.

⁵ Canotilho (2003, p. 1085) refere que várias outras expressões são utilizadas para aludir a este mesmo problema: “<<defesa da Constituição>>, <<defesa da República>>, <<suspensão de garantias individuais>>, <defesa de segurança e ordem públicas>>, <<estado de exceção constitucional>>, <<protecção extraordinária do Estado>>”.

O problema é que no decorrer do século ocorreu um fenômeno paradoxal definido como “guerra civil legal”, a exemplo do Estado nazista⁶, em que se verifica que “a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que eventualmente não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos” (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Essa transformação de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo transformou a estrutura e o sentido da distinção entre os diversos tipos de constituição, apresentando-se, nessa perspectiva, o estado de exceção como um nível de indeterminação entre democracia e absolutismo, revelando-se, entre outras, numa hipertrofia do Poder Executivo e, em conseqüência, o enfraquecimento do Poder Legislativo que passa muitas vezes a apenas chancelar disposições promulgadas pelo Poder Executivo sob a forma de decretos com força de lei, o que nos remete nos tempos atuais ao problema da inflação de medidas provisórias, bem como numa “exceção econômica permanente da periferia do capitalismo”, como aborda Gilberto Bercovici (2004, p. 171):

Com as estruturas estatais ameaçadas ou em dissolução, o estado de emergência aparece cada vez mais em primeiro plano e tende a se tornar a regra. A partir da recente supremacia de idéias como auto-regulação e soberania do mercado, volta à atualidade o pensamento de [Carl] Schmitt, que define como soberano quem decide sobre o estado de exceção.

A periferia vive em um estado de exceção econômica permanente, contrapondo-se à normalidade do centro.

Agamben destaca, no entanto, que o “estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito limite” (2004, p.15). O estado de exceção também

não é uma ditadura (constitucional ou inconstitucional, comissária ou soberana), mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas- e, antes de tudo, apropriada distinção entre público e privado - estão desativadas. Portanto, são falsas todas aquelas doutrinas que tentam vincular diretamente o estado de exceção ao direito, o que se dá com a teoria da necessidade como fonte jurídica originária, e com a que vê no estado de exceção o exercício de um direito do Estado à própria defesa ou a restauração de um originário estado pleromático do direito (“os plenos poderes”). Mas igualmente falaciosas são as doutrinas que, como a de [Carl] Schmitt, tentam inscrever indiretamente num contexto jurídico, baseando-o na divisão entre normas de direito e normas de realização do direito, entre poder constituinte e poder constituído, entre norma e decisão. O estado de necessidade não é um

⁶ Os juristas nazistas falavam ser restrições de um *gewollte Ausnahmezustand*, um estado de exceção desejado, “com o objetivo de instaurar o Estado nacional-socialista” (SPOHR apud AGAMBEN, 2004, p. 13-14).

“estado do direito”, mas um espaço sem direito (mesmo não sendo um estado de natureza, mas se apresenta como a anomia que resulta da suspensão do direito) (AGAMBEN, 2004, p. 78-79).

Na história do Brasil, o estado de exceção se consagra nos porões de torturas, ao contrário da cela de prisão, que é institucionalizada por lei, assim como no crime de desaparecimento forçado, que se caracteriza pela não localização dos despojos, pela ausência de um lugar definido. A institucionalização da tortura foi marcada pela força da lei nos atos institucionais e a aplicação da norma dar-se-á por sua exceção, ou seja, pela suspensão de sua própria aplicação (TELES, 2007, p. 49).

O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força da lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força de lei). Tal força de lei, em que potência e ato estão separados de modo radical, é certamente algo como um elemento místico, ou melhor, uma *fictio* por meio da qual o direito busca se atribuir sua própria anomia (AGAMBEN, 2004, p. 61).

Os atos institucionais constituem a representação mais notória da radical distorção da noção de legalidade. São eles figuras jurídicas anômalas de competência exclusiva do Presidente da República, que passam a representar a nova constitucionalidade do Estado a partir do golpe de 64, num total de 17 atos, editados de abril de 1964 a outubro de 1969.

A preocupação por parte dos militares com a legalidade e legitimidade da revolução a partir do golpe de 64, que se revelou pela inflação legislativa, tinha por verdadeiro sentido o de criar uma aparência de normalidade para a vida social e política que impedisse o reconhecimento do regime a partir da perspectiva da excepcionalidade e do arbítrio, o que incorpora um traço dos regimes totalitários.

O AI-4 convocou o Congresso Nacional a reunir-se extraordinariamente para discutir e votar um novo texto constitucional, cujo ato fixava um cronograma muito rígido para a apresentação, discussão e promulgação do texto. Dispunha, ainda, o AI-4, em seu art. 8º, *in fine*, que prevaleceria a proposta governamental, caso a votação não se concluísse a tempo. Havia, também, a coação tácita sobre os congressistas, que tinham sob os olhos a ameaça de suspensão de direitos e de cassação de mandatos, nos termos do AI-2, em pleno vigor. E o calendário foi cumprido, sendo a Carta promulgada a 24-01-1967, pouco mais de 40 dias após ter sido enviada pelo Governo ao Congresso.

Essas circunstâncias revelam que os congressistas de então nada mais eram do que representantes tolerados do próprio Comando Revolucionário, não traduzindo a Carta de 1967 um contrato social que deitasse raízes nos anseios no povo. Contudo, havia uma esperança, pois julgava-se que o fim desses atos estivesse próximo e que a Constituição, bem ou mal, pudesse ser usada como instrumento de democratização, sendo ela própria emendada no sentido da ampliação das liberdades, mas as esperanças acabaram sendo solapadas pela decretação do AI-5, que tornou a ilegitimidade originária desta Carta de 67, com a Emenda Constitucional n.1, de 17-10-69, ainda mais manifesta.

Pontes de Miranda (1973, p. 437), em seus comentários ao art. 182 da Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 17-10-69, sem receios de represálias do regime, afirmou com contundência:

Em verdade, houve um jogo de aparência e de realidade: ‘volveu-se à constitucionalidade, à democracia liberal, porém sem se volver. Enquanto o Presidente da República não apaga regras jurídicas ditatoriais, a ditadura prossegue, encoberta por uma Constituição emendada, que em verdade em parte não existe: 1968-1969 foi golpe mais profundo do que o de 1964... Enquanto o Presidente da República não decreta a cessação da incidência, dita vigência, nada feito, com o “jogo da verdade”. Não há democracia, nem regime de liberdade. Por isso, é pelos atos que se esperam praticados é que se há de responder: há ou não há, Constituição democrático-liberal no Brasil?’

O AI-5, de 13 de dezembro de 1967, foi o mais discricionário de todos os AIs⁷, ampliou os poderes de exceção do cargo de Presidente ao conferir-lhe poderes para decretar estado de sítio e fechar o Congresso Nacional (artigos 1º, 2º e 7º), concedendo poderes de intervenção sobre os Estados e Municípios (artigos 3º e 6º) e solapou os direitos civis e políticos

⁷ Plauto Faraco de Azevedo (1989, p. 40), em sua *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, assim se manifestou sobre o Ato Institucional nº 5 e a ordem constitucional então vigente: “Segundo esse modelo [positivista], prepara-se o magistrado que não reagirá a uma quartelada qualquer, das que têm sido comuns, por vezes rotineiras, em nossa sofrida América Latina, toda vez que dela resulte a ruptura da ordem jurídica e a conseqüente suspensão dos direitos e garantias individuais, em nome da infável doutrina da segurança nacional. Que esta segurança seja em verdade a dos usurpadores do poder e de seus sequazes, que o regime instalado sirva aos seus interesses e de seus associados em detrimento dos anseios mais clamorosos do povo – isto é questão sem sentido. O que nessa ótica se espera e se deseja é que o magistrado se acomode à nova situação e realize a justiça que convém aos usurpadores. Mas, esse papel social que, por essa forma, lhe é reservado, só se pode consumir efetivamente se toda a profissão jurídica estiver à sua altura. Para isto, o ensino jurídico há de prover a formação de juristas aptos a lidarem com as novas instituições com ‘científica neutralidade’, de modo a arranjarrem rápida e eficientemente as disposições advindas do atropelo da força bruta em confortável arranjo intrasistêmico”.

(artigos 4º, 5º, 8º, 10⁸ e 11⁹). O Ato Institucional nº14, de 14 de outubro de 1969, instituiu a pena de morte. A partir do AI-5,

qualquer indivíduo estava à mercê da truculência de todo aquele que se sentia autoridade, do guarda-noturno ao Marechal de Campo. Bastava apenas a acusação de práticas subversivas para um indivíduo ser torturado e morto. Outrossim, o art. 10 criava todos os tipos de elementos que justificavam as caças às bruxas. Mas o pior de tudo é que engendrava poderes paralelos, paramilitares, a exemplo dos esquadrões da morte que, infelizmente, ainda infestam a sociedade brasileira, sobretudo entre os excluídos da periferia. Dessa mácula cancerígena ainda não se conseguiu safar (LÉRIAS, 2008, p. 238).

Como denunciou o General Mourão Filho (apud GASPARI, 2002a, p. 142): “As torturas foram o molho dos inquiridos levados a efeito nos desvãos dos DOPS ou dos quartéis e toda a sociedade ficou dominada pelo medo, angústia e sofrimento”.

O aumento de desaparecidos políticos a partir do AI-5, por sua vez, demonstra como esse instrumento indicava a instalação do estado de exceção como normalidade, o que torna inverossímil a tese de que a repressão política durante a ditadura militar no Brasil não foi uma ação coordenada do Estado, mas apenas ações isoladas da *linha dura*, ações de grupos criminosos que se instalaram no poder. A truculência do estado de exceção institucionaliza-se e o comando da lei deixa de ter exequibilidade. Nas palavras de Jacob Gorenger (1987, p. 226), em *Combate nas Trevas*:

Para começar, lembremos a militarização dos julgamentos por crimes capitulados na Lei de Segurança Nacional, a partir do Ato Institucional nº 2, de outubro de 1965. Depois de entregues aos tribunais militares, os acusados de crimes políticos tiveram suspensa a prerrogativa do *habeas corpus*, a partir do Ato Institucional nº 5, de dezembro de 1968. A processualística dos julgamentos pela Lei de Segurança Nacional de setembro de 1969 se tornou arbitrária, sem que a letra da lei valesse de alguma coisa aos advogados dos réus.

O jurista Heleno Fragoso (apud GASPARI 2002a, p. 255) já assinalara que: “Sempre foi muito mais fácil aos tiranos perseguir os inimigos políticos, não mudando a lei, mas sim os juízes que deveriam julgá-los”. Segundo Gaspari (2002a, p. 255), o resultado do deslocamento da competência para esses julgamentos era previsível, pois havia mais de cinquenta

⁸ **Art. 10.** Fica suspensa a garantia de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

⁹ **Art. 11.** Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

anos o presidente francês Georges Clemenceau lecionara que “a Justiça Militar está para a Justiça assim como a música militar está para a música”.

1.3 A “JUDICIALIZAÇÃO” DA REPRESSÃO POLÍTICA NO BRASIL

A prática de uma ação estatal de repressão planejada fica explícita quando observamos os números judiciais da repressão. Segundo pesquisa desenvolvida pelo “brasilianista” Anthony Pereira (2005), a repressão política no Brasil atingiu cifras de mortos e desaparecidos políticos muito menores do que países como a Argentina e o Chile, mesmo com um regime de maior duração, devido a uma “judicialização” da repressão.

Enquanto estima-se em 30 mil o total de mortos e desaparecidos entre os que resistiram ao regime militar na Argentina, e no Chile as cifras variam de 3 mil a 10 mil, no Brasil desapareceram ou morreram cerca de 400 pessoas. Porém, no Brasil foram abertos 7.378 processos, enquanto nos tribunais argentinos esta cifra chega a apenas 350 processos, ao passo que no Chile por volta de 6.000 processos foram abertos (PEREIRA, 2005, p. 21).

A “judicialização” da repressão corresponde a um movimento de contestação judicial da Doutrina da Segurança Nacional, isto é, por aqui, diferentemente do que ocorreu nestes outros países, houve a possibilidade de se discutir perante o Poder Judiciário a interpretação e o alcance das leis de segurança nacional, com a análise dos atos pelos quais eram acusados os dissidentes políticos e a sua subsunção às normas da segurança nacional.

Nos julgamentos políticos no Brasil, os advogados de defesa foram hábeis na utilização instrumentos jurídicos disponíveis quando se tratava de garantir a vida, minorar os sofrimentos ou tentar a libertação de presos, afastando em diversas oportunidades as draconianas interpretações sobre as leis de segurança nacional¹⁰.

¹⁰ Em vários casos envolvendo críticas à autoridades, os advogados de defesa conseguiram liberalizar a interpretação das leis, por exemplo, não bastava à acusação provar a posse de material subversivo com o acusado, era necessário demonstrar a disseminação da propaganda subversiva, assim como não era suficiente demonstrar a comunicação de idéias subversivas a pequenos grupos ou para um audiência pequena, v.g. em universidades, era necessário que houvesse uma disseminação massiva para a população em geral.

A oficialização de uma detenção que o sistema repressivo era relutante em aceitar foi a forma encontrada pelos advogados de defesa, assim como para transferir um preso de local ou para reduzir uma pena imposta em uma Auditoria Militar. Ou seja, havia uma certa estrutura jurídica capaz de fazer valerem alguns direitos remanescentes do regime democrático.

Durante a repressão política o Poder Judiciário no Brasil acabou sendo um braço auxiliar da repressão ao aplicar as leis e encampar a ideologia da Segurança Nacional, embora em algumas oportunidades tenha reagido ao abuso da supressão de certas garantias constitucionais¹¹, e os governos militares do período se esforçaram para manter em funcionamento o Judiciário.

A ênfase na legalidade, ainda que construída de forma casuística, e a conseqüente preservação do Judiciário em funcionamento, embora tolhido e supervisionado pelo poder militar, se explicam pela própria natureza do regime ditatorial.

Para Anthony Pereira:

O gradualismo e a judicialização da repressão brasileira tiveram um lado positivo, pois dava tempo aos advogados de defesa e espaço institucional para defender a vida e os direitos de seus clientes. Por outro lado, também “normalizou” a repressão e dividiu a responsabilidade com ela de uma forma bastante prejudicial à perspectiva de uma reforma judiciária democrática após o fim do regime militar. Na repressão brasileira, os promotores do Ministério Público acusavam pessoas por crimes de segurança nacional, juízes civis nas cortes militares julgavam os crimes, e a Suprema Corte revisava (e freqüentemente mantinha) as sentenças. Para setores importantes da elite judiciária civil, isso motivou a defesa do regime militar e incentivou o bloqueio de reformas depois da volta do regime civil. Eles perpetuaram a visão de que a repressão do regime militar não havia sido “tão ruim assim” (MAISONNAVE, 2004, p. A10).

Essa “judicialização” com participação de civis praticamente não existiu na violenta repressão dos primeiros anos do ditador chileno Augusto Pinochet e seus tribunais militares de guerra. Muito menos nas milhares de execuções extrajudiciais na Argentina. Este consenso entre as elites militares e civis também não existiu no Uruguai.

¹¹ Nesse sentido, destaca-se o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso em Habeas Corpus nº 55.418/RS, em 30.08.1977, Rel. Min. Soares Muñoz, em que se afirmou que apesar da previsão do art. 10 do AI-5, não bastava à autoridade afirmar que o crime que estava sendo acusado o agente se enquadrava neste dispositivo para afastar a possibilidade do Poder Judiciário de conhecer do *habeas corpus*. Era necessário se demonstrar que a imputação realmente se enquadrava, em tese, num dos crimes indicados na norma excepcional proibitiva, ou seja, que se configurava como “crime político”, contra a segurança nacional e a economia popular.

O caso brasileiro, portanto, sugere um paradoxo, pois esta judicialização da repressão, ao mesmo tempo que conteve as forças de segurança e ofereceu algumas possibilidades para a defesa dos direitos humanos, também criou profundos interesses burocráticos e uma “história oficial” que serviu como uma imensa barreira contra os esforços de reforma no final do regime autoritário. No Brasil, o legado do regime autoritário lançou uma mácula sobre a democracia, deixando um sistema judiciário burocrático e ineficiente, que se revela violento e arbitrário com os moralmente excluídos e dócil e amigável com os privilegiados, refletindo, como veremos adiante, no engajamento do país com os postulados da justiça de transição¹².

1.4 BUROCRACIA E RESPONSABILIDADES

A concepção doutrinária que se erigiu em ideologia oficial das Forças Armadas, após 1964, voltada para a caça ao “inimigo interno” remodelou profundamente as estruturas do sistema de segurança do Estado, caracterizadas pela “hipertrofia, o gigantismo, a contínua proliferação de órgãos e regulamentos de segurança”, bem como de “enorme autonomia aos organismos criados”. “No princípio da década de 70, já se chegava a falar na existência de um verdadeiro Estado dentro do Estado” (ARNS, 1990, 72).

Todo esse “‘sistema’ e a comunidade de informações fazem parte de um bem articulado plano que procurou não só controlar a oposição armada mas também controlar e direcionar a própria sociedade” (D’ARAÚJO et al., 1994, p. 18). O aparelho repressivo da ditadura militar¹³ e sua complexa estrutura, que formalizou a convivência da burocracia dos regulamentos com a prisão, tortura e desaparecimentos forçados, caracterizam o *criptogoverno*¹⁴.

¹² Sobre a justiça de transição e suas medidas (in)aplicadas no Brasil, ver neste capítulo itens 1.5 e 1.5.5.3.

¹³ Para maiores detalhes do aparelho repressivo e sua estrutura: ARNS, Dom Paulo Evaristo (org.). BRASIL: NUNCA MAIS. 25ª ed. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 69-76; GORENDER, Jacob. *Combate nas trevas. A esquerda brasileira: das ilusões perdidas à luta armada*. São Paulo: Ática, 1987, p. 215-234; e GRECO, Heloísa. Dimensões fundacionais da luta pela anistia. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Belo Horizonte, 2003, p. 41-43.

¹⁴ “*Criptogoverno*, para Bobbio, se caracteriza por aquele conjunto de ações realizadas por forças políticas que atuam à margem da lei, na sombra, e que operam por meio de serviços secretos. O efeito maléfico do *criptogoverno* de agências como a CIA, nos EUA, e entre nós o SNI e os Centros de Informações das Forças Armadas no período do regime militar é o de minar a confiança recíproca, sem a qual não se constrói um mundo comum” (LAFER, 2001, p. 257).

Hannah Arendt afirma que em todo sistema burocrático, a transferência de responsabilidades¹⁵ é uma questão rotineira,

e se desejamos definir a burocracia em termos de ciência política, isto é, como uma forma de governo – o mando dos cargos, em oposição ao mando de homens, de um único homem, de poucos ou de muitos-, a burocracia é infelizmente o mando de ninguém e, por essa mesma razão, talvez a forma menos humana e mais cruel de governo (ARENDR, 2004a, p. 93-94).

Arendt aponta como está profundamente arraigado o medo de julgar, dar nomes e atribuir culpa aos violadores da condição humana, especialmente, no que diz respeito àqueles no exercício do poder ou em alta posição, mortos ou vivos (2004a, p. 83). Trazendo esse pensamento para a nossa realidade e os crimes cometidos durante a ditadura militar, incita a reflexão acerca da idéia de “culpa coletiva”.

Hannah Arendt afirma que a questão da “culpa coletiva”, que foi aplicada pela primeira vez ao povo alemão, tem como efeito a não-culpa de todos, pois no sistema político-burocrático, enquanto governo de mando de cargos em oposição ao mando dos homens, o mando é de ninguém, pois, “quando todos são culpados ninguém o é” (2004a, p. 83).

Arendt distingue a responsabilidade pessoal da responsabilidade política “que todo governo assume pelas proezas e malfeitorias de seu predecessor, e toda nação pelas proezas e malfeitorias do passado” mas que não se confunde com a de um criminoso perante um tribunal (2004a, p. 89).

A responsabilidade política de um povo ou de um coletivo pelo que o Estado soberano fez em seu nome é o que ocorre com a responsabilidade vicária, a condição de ser responsável sobre coisas das quais não se participou ativamente. Para Arendt (2004a, p.225):

Essa responsabilidade vicária por coisas que não fizemos, esse assumir as conseqüências por atos de que somos inteiramente inocentes, é o preço que pagamos pelo fato de levarmos a nossa vida não conosco mesmos, mas entre nossos semelhantes, e de que a faculdade de ação, que, afinal, é a faculdade política *par excellence*, só pode ser tornada real numa das muitas e múltiplas formas de comunidade humana.

¹⁵ Embora o conceito de responsabilidade esteja irremediavelmente contaminado pelo direito, a ética, a política e a religião também transitam por esse terreno, não para fazer suas responsabilidades de outro gênero, mas para ampliar as zonas de não responsabilidade, o que não significa impunidade (AGAMBEN, 2000, p. 14, tradução nossa). No original: “*También el concepto de responsabilidad está irremediablemente contaminado por el derecho. Es algo que sabe cualquiera que haya intentado hacer uso de él fuera del ámbito jurídico. Sin embargo, la ética, la política y la religión sólo han podido definirse por el terreno que han ido ganando a la responsabilidad jurídica, si bien no para hacer suyas responsabilidades de otro género, sino para ampliar las zonas de no responsabilidad. Lo que, por supuesto, no significa impunidad*”.

No entanto, culpa e inocência só fazem sentido se aplicada a indivíduos, por essa razão para se estabelecer a responsabilidade pessoal e a culpa legal de um criminoso é preciso retirar-lhe a burocracia.

Arendt (2004a, p. 91) afirma que quando se descreve um sistema político, seu funcionamento, as relações entre os vários ramos do governo, o funcionamento das imensas maquinarias burocráticas, é inevitável falarmos em pessoas usadas pelo sistema em termos de “dentes de engrenagem e rodas” que mantém a administração em andamento.

Segundo a autora, todos os réus nos julgamentos do pós-guerra disseram, para se desculpar, que se eles não tivessem feito, outras pessoas o fariam. Contudo, como observou no julgamento de Eichmann em Jerusalém, toda essa história do “dente de engrenagem” não faz sentido no cenário de um julgamento, pois

como os juízes se deram ao trabalho de apontar explicitamente, na sala de um tribunal não está em julgamento um sistema, uma história ou tendência histórica, um ismo, o anti-semitismo, por exemplo, mas uma pessoa, e se o réu é por acaso um funcionário, ele é acusado precisamente porque até um funcionário ainda é um ser humano, e é nessa qualidade que ele é julgado (ARENDR, 2004a, p. 93).

A alegação para a impunidade de que só cumpriram ordens e que os crimes foram cometidos por obediência hierárquica e, portanto, seriam de responsabilidade dos seus superiores não prospera. Nas palavras de Arendt (2004a, p.94):

na sala do tribunal, essas definições não têm serventia. Pois para a resposta: “Não fui eu quem cometeu o crime, mas o sistema no qual eu era um dente na engrenagem”, o tribunal imediatamente propõe a seguinte pergunta: “E por que você se tornou um dente na engrenagem ou continuou a sê-lo nessas circunstâncias?” Se o acusado deseja transferir as responsabilidades, ele deve mais uma vez implicar outras pessoas, deve nomeá-las, e essas pessoas aparecem então como possíveis co-réus e não como a encarnação da necessidade burocrática ou de qualquer outro tipo. O julgamento de Eichmann, como todos os julgamentos desse tipo, teria sido desprovido de todo interesse se não tivesse transformado o dente da engrenagem ou o “referente” da Seção IV B4 do Departamento Central de Segurança do Reich num homem. Só por essa operação ter sido realizada com sucesso antes do início do julgamento é que a questão da responsabilidade pessoal, e portanto culpa legal, pôde realmente surgir.

No caso brasileiro, para o exame da prática da tortura, deve-se ter sempre presente que nela estão envolvidos tipos distintos de agentes. Há o torturador, que não montou a máquina, e acima dele está o agente, decisivo e beneficiário direto da questão do poder, que sanciona a máquina, mas não toca nos presos (GASPARI, 2002b, p. 20).

Porém, se os torturadores da ditadura militar brasileira alegam que apenas obedeceram às ordens superiores para o cumprimento das atrocidades, é de se indagar, como fez Hannah Arendt em relação aos crimes dos nazistas, se aqueles que ocupavam altas posições no comando hierárquico teriam se dado ao trabalho de fornecer instruções para “detalhes”¹⁶ dos modos e instrumentos da tortura como o “pau-de-arara”, o “choque elétrico”, a “pimentinha” e dobradores de tensão, o “afogamento”, a “cadeira do dragão”, a “geladeira”, os insetos, animais, produtos químicos utilizados, etc¹⁷.

E foram essas “circunstâncias” - se esse é o nome para algo que carece de uma palavra em qualquer língua - e os “homens subalternos” responsáveis por esses atos e culpados desse horror, e não o crime de Estado, nem os cavalheiros em posições “elevadas” (ARENDR, 2004a, p. 316-317).

Em *Modernidade e Holocausto*, Zygmunt Bauman (1998, p. 122) destaca que o uso da violência é mais eficiente e menos dispendioso quando os meios são submetidos a critérios instrumentais e racionais e, assim, dissociados da avaliação moral dos fins, sendo que todas as burocracias são boas nesse tipo de operação. Essa dissociação é, de maneira geral, resultado de dois processos paralelos: (i) *a meticulosa divisão funcional do trabalho*; e (ii) *a substituição da responsabilidade moral pela técnica*.

A divisão de trabalho cria uma distância entre a maioria dos executores para o resultado final da atividade coletiva e o resultado mesmo. Antes que os últimos elos da cadeia burocrática de poder (os executores diretos) enfrentem sua tarefa, a maioria das operações preparatórias que levaram a ela já foi executada por pessoas que não tinham experiência pessoal e às vezes nem o conhecimento da tarefa em questão (BAUMAN, 1998, p. 122).

Isso também se verificou no Brasil, onde os “atos da repressão eram fracionados, o que ajudava a ocultar os crimes praticados. Na maioria dos casos, cada agente participava de um ato específico – havia aquele que prendia, aquele que levava para a prisão, aquele que interrogava, aquele que torturava etc” (SWENSSON JUNIOR, 2007, 109).

O segundo processo responsável pelo distanciamento está ligado à divisão de tarefas, pois a substituição da responsabilidade moral pela técnica seria inconcebível, ou

¹⁶ “Caça ao coelho”, “forca de Boger”, o “esporte”, matar com um único golpe de mão, os abrigos subterrâneos, as “celas para prisioneiros em pé”, “Muro negro”, “tiros no boné”, lançamento de bebês ao ar como projéteis, entre outros, são exemplos de “detalhes” dos crimes dos nazistas mencionados por Arendt (2004a, 316).

¹⁷ Sobre os modos e instrumentos de tortura: ARNS, Dom Paulo Evaristo (org.). BRASIL: NUNCA MAIS. 25ª ed. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 31-50.

concebível em menor extensão, sem a separação funcional das tarefas. “Cada pessoa dentro da hierarquia de comando é responsável perante o seu superior imediato e por isso está naturalmente interessada na opinião dele e na sua aprovação do trabalho” (BAUMAN, 1998, 124).

A responsabilidade técnica pode eventualmente rivalizar com a consciência moral, quando um funcionário, por exemplo, achar que ao dar uma ordem específica seu superior excedeu a própria competência, ao passar do terreno de interesse puramente técnico para outro carregado de significados éticos (torturar inimigos políticos tudo bem; já torturá-los na frente dos filhos é diferente) e que o dever de obedecer ao superior não chegue ao ponto de justificar uma coisa que o funcionário considere moralmente reprovável.

Ocorre que todas essas possibilidades teóricas são afastadas ou enfraquecidas quando a hierarquia linear de comando é suplementada ou substituída pela divisão funcional e a separação de tarefas, triunfando a responsabilidade técnica, pois o próprio ato burocrático se torna um fim em si mesmo, podendo ser julgado apenas pelos seus critérios intrínsecos de adequação e sucesso. O que importa então é se o ato foi executado de acordo com o melhor conhecimento tecnológico disponível e se o resultado alcançou a melhor relação custo-benefício. Em *Medo Líquido*, Bauman retoma estas idéias (2008, p. 115):

a moralidade do funcionário foi redefinida como a obediência à ordem e a prestação em concluir um trabalho bem-feito – não importa a natureza do trabalho exigido nem seu impacto sobre as pessoas situadas na extremidade receptora da ação burocrática. A burocracia foi um dispositivo a serviço da tarefa da *mecanização ética*.

Elio Gaspari explica que a convivência dos dois tipos de personagens, o torturador e o superior que não toca nos presos, mas sanciona a máquina, dá-se através de um processo desgastante para a hierarquia, resultante numa ambigüidade que obriga o governo a manter ao mesmo tempo uma situação mentirosa e um mundo clandestino (2002b, p. 20-21).

Por outro lado, é usual que representantes do governo neguem a ocorrência dos crimes que são praticados em suas administrações, como ocorre com o pagamento de propinas, o contrabando e o tráfico de influência, etc. Nesses casos, o agente da ilegalidade tira proveito pessoal imediato da própria delinquência e aceita correr o risco de transformar-se em bode expiatório num surto moralizador da administração. Contudo, no caso da tortura,

como a remuneração direta não existe, o governo é obrigado a recompensar o funcionário dentro dos critérios de mérito da burocracia. Enquanto um policial metido em contrabando jamais é promovido em função do volume de suas

muambas, o torturador é publicamente recompensado por conta de suas investigações bem-sucedidas¹⁸ (GASPARI, 2002b, p. 22).

A *banalidade do mal*, categoria arendtiana desenvolvida por ocasião da cobertura do julgamento de Eichmann em Jerusalém, em 1961, é caracterizada pela irreflexão de Eichmann, pela sua incapacidade ou abstenção de pensar. O “problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais” (ARENDR, 2004b, p. 299). Para Bauman (2008, p. 84-85), o que distingue o mal burocraticamente administrado e realizado não é tanto a sua *banalidade*, mas a sua *racionalidade*.

No contexto brasileiro, a *banalidade* ou *racionalidade* do *mal* verifica-se quando os piores crimes políticos tornam-se rotina institucionalizada, sendo a tortura uma das formas do mal absoluto, a qual foi a instituição central da ditadura militar. A análise arendtiana desmistifica a construção do estereótipo do torturador maluco, indisciplinado, emocionalmente desequilibrado, que funcionava como um álibi para a ditadura brasileira a fim de salvar a honra do regime, caso algum dia a oposição conseguisse provar os suplícios e identificar os torcionários¹⁹. Na análise de Gaspari (2002b, p. 25-26):

Ao materializar-se nos cárceres, a tortura obedece a uma lógica que novamente nada tem a ver com a defesa da sociedade. A condição necessária para a eficácia da burocracia da violência é a recompensa funcional, tanto das promoções convencionais como das gratificações que esse mundo policial engendra²⁰. [...] Enquanto essa recompensa existe, o torturador age a favor do governo ou até mesmo contra ele. Quando ele percebe que ela cessou, pára de torturar, ainda que persistam os elementos de tensão política.

¹⁸ Uma das moedas postas em circulação pelo CIE (Comando de Informações do Exército) foi a concessão aos torturadores da Medalha do Pacificador, condecoração meritória, cobiçada por oficiais, políticos e empresários, pois registrava o reconhecimento de atos de bravura ou de serviços relevantes prestados ao Exército (GASPARI, 2002b, p. 22)

¹⁹ A construção desse estereótipo pode ser constatada nas palavras do general Adyr Fiúza de Castro, fundador do CIE: “Agora, não sou um homem mau, não me considero um homem mau. Mas não sou contra a tortura. Acho que ela é válida em certas circunstâncias – para adquirir informações. Agora, por sadismo ou por puro divertimento, é até mórbida, não concordo. E há gente que se deleita com o sofrimento do próximo”. [...] (D’ARAÚJO *et al*, 1994, p. 73).

²⁰ No aparelho de repressão política montado pela ditadura brasileira, um oficial classificado no CIE, por exemplo, ficava burocraticamente lotado no gabinete do ministro do Exército. Outro, no SNI, tornava-se parte do quadro de pessoal da Presidência da República. Isso assegurava-lhes uma pequena gratificação salarial e uma boa quantidade de pontos no sistema de avaliação funcional que orienta promoções e remanejamentos. Um oficial que entrasse como capitão no circuito SNI-CIE-DOI tinha duas vezes mais chances de vir a servir como adido no exterior do que outro mantido na rotina dos quartéis. Os delegados e investigadores eram geralmente promovidos tão logo preenchessem as exigências formais da burocracia (GASPARI, 2002b, p. 26).

A responsabilidade individual dos funcionários não afasta a necessidade de julgamento do sistema político, seja do ponto de vista jurídico ou ético. Em virtude do princípio da continuidade do Estado, todo governo assume a responsabilidade pelos atos e malfeitorias de seus predecessores, e toda a nação pelos atos e malfeitorias do passado. A Lei nº 9.140/95 marcou o reconhecimento pelo Estado brasileiro na sua responsabilidade histórica e administrativa ao admitir 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.

1.5 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Com o fim do regime militar em 1985 e a redemocratização do país, a sociedade brasileira se viu às voltas de ter que se confrontar com o seu passado de graves violações aos direitos humanos dos porões da ditadura. Dessa forma, surgem os seguintes questionamentos: o que fazer com o aparato repressivo construído sob a égide daquele período? Quais instituições deverão ser reformadas? Como reparar o mal causados aos seus cidadãos? Deve-se punir ou não os agentes do Estado brasileiro responsáveis por inúmeros crimes?

Esses questionamentos procuram ser respondidos pelo que se convencionou denominar de *justiça de transição* ou *justiça transicional*, que tem por objetivo investigar a maneira pela qual sociedades marcadas por passados de abusos dos direitos humanos, atrocidades maciças ou diferentes formas de traumas sociais, incluindo genocídio, crimes contra a humanidade e guerras civis, buscam trilhar um caminho de mais democracia ou apenas de mais paz.

O conceito é comumente entendido como uma estrutura para confrontar um passado de abuso como um componente de uma importante política de transformação. Isto geralmente envolve uma combinação de estratégias complementares de justiça e “quase-justiça”, tais como a persecução de perpetradores, estabelecimento de comissões de verdade e outras formas de investigação do passado; envidando esforços na busca de reconciliação em sociedades divididas, desenvolvendo um conjunto de reparações para aqueles que foram mais afetados pelas violações ou abusos; memorizando e lembrando as vítimas; e reformando um largo espectro de instituições arbitrárias do Estado (tais como as de segurança pública, polícia, ou forças armadas) numa tentativa

de prevenir futuras violações²¹ (BICKFORD, 2004, p. 1045-1047, tradução nossa).

As origens desta área de investigação remontam ao final da Segunda Guerra Mundial (*e.g.* o Tribunal Internacional Militar de Nüremberg e os programas de “desnazificação” na Alemanha). Desde então foram sendo desenvolvidos e aperfeiçoados diversos mecanismos para se lidar com a herança da violência de regimes autoritários ou totalitários.

No entanto, as bases da justiça de transição ganharam mais coerência nos últimos vinte e cinco anos do século XX, se iniciando especialmente pelos julgamentos de membros da junta militar na Grécia (1975) e Argentina (1983)²². Para o presidente do Centro Internacional para a Justiça Transicional (ICTJ)²³, Juan Méndez:

O Direito Internacional desenvolveu-se bastante e agora temos uma série de parâmetros, pelo menos. Não diria que são receitas estritas, mas objetivos que os Estados são obrigados a atingir, através de muitas decisões, por exemplo, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e de outros organismos de direitos humanos. Entendem-se agora as obrigações de tratados de direitos humanos como criando ou avalizando certas obrigações afirmativas, no que diz respeito a crimes contra a humanidade, por exemplo. Temos agora o marco normativo, que não estava tão explícito até pouco tempo. Há também práticas nacionais e sociais que permitem, pelo menos, aprender lições (MEZAROBBA, 2007a, p. 169).

²¹ “*The concept is commonly understood as a framework for confronting past abuse as a component of a major political transformation. This generally involves a combination of complementary judicial and nonjudicial strategies, such as prosecuting perpetrators; establishing truth commission and other forms of investigation about the past; forging efforts toward reconciliation in fractured societies; developing reparations packages for those most affected by the violence or abuse; memorializing and remembering victims; and reforming a wide spectrum of abusive state institutions (such as security services, police, or military) in an attempt to prevent future violations*”.

²² Outros esforços são apontados por BICKFORD (2004, p. 1045-1047) para a consolidação das bases da justiça de transição, tais como: (i) a abertura dos arquivos da polícia política da República Democrática da Alemanha (RDA) em 1991 (*the Stasi Records Act*) aos indivíduos de que tratava os arquivos e ampliada em 2002 para jornalistas e pesquisadores; (ii) com base nas experiências da América Latina e da Europa Oriental, estabeleceu-se a Comissão da Verdade e Reconciliação para lidar com os crimes do passado na África do Sul em 1995; (iii) a criação de Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e Ruanda, que conseguiram vitórias concretas contra a impunidade; (iv) a ratificação do Tribunal Penal Internacional (doravante TPI); (v) esforços para processar os perpetradores de violações aos direitos humanos no final da década de 1990 e início de 2000.

²³ O Centro Internacional para a Justiça Transicional (ICTJ) é uma organização não governamental que oferece assistência a sociedades que enfrentam um legado de violações dos direitos humanos. O Centro trabalha em países que superaram regimes repressivos ou conflitos armados, bem como em qualquer lugar onde as situações continuam sem solução. O ICTJ responde a pedidos de grupos da sociedade civil, governos e organizações internacionais e oferece informação comparada, análise sobre políticas públicas e assistência legal e técnica. Na visão do ICTJ não existem iniciativas de justiça transicional idênticas. Por meio de missões nacionais e da comunicação contínua com seus parceiros locais, o centro oferece assessoria e apoio a instituições dedicadas à justiça, à busca da verdade, ao desenvolvimento de programas de reparação e à reforma das instituições responsáveis por violações dos direitos humanos.

Esses parâmetros que devem ser buscados pelos Estados a fim de reconstruir o tecido social são lastreados na concepção universal dos direitos humanos e estão baseados no direito internacional dos direitos humanos, no direito penal internacional e no direito internacional humanitário, sendo dado ênfase aos direitos e necessidades das vítimas.

Todas essas medidas concertadas da *justiça de transição* são necessárias para se evitar novas catástrofes impostas por regimes autoritários ou totalitários que se utilizam do terror do Estado para alcançar seus objetivos, mediante o cometimento de graves violações aos direitos humanos. Embora sejam variadas, essas medidas não são alternativas, em que pese poderem ser cumpridas separadamente. Assim, nas palavras de Juan Mendes:

Não é lícito que o Estado diga: nós não vamos processar ninguém, mas vamos oferecer reparações. Ou que diga, vamos fazer um informe da comissão de verdade, mas não vamos pagar reparações a ninguém. Cada uma dessas obrigações do Estado são independentes umas das outras e cada uma delas deve ser cumprida de boa fé (MEZAROBBA, 2007a, 170).

Sem dúvidas, um dos objetivos da *justiça de transição* é promover a reconciliação das forças antagônicas do país. Contudo, na América Latina, muitas vezes, o termo reconciliação foi mal empregado, visando justificar a ausência de medidas de justiça, verdade, reparação das vítimas ou punição dos responsáveis.

De fato, em vários países da América Latina que sofreram com ditaduras militares foram promulgadas leis de anistia na passagem para a transição democrática, sob a alegação de pacificação dos espíritos em prol da reconciliação nacional, mas que na realidade visavam conceder um manto de impunidade aos perpetradores e acabaram violando uma série de tratados internacionais de direitos humanos.

Portanto, é importante se destacar que somente a passagem do governo de exceção para o governo democrático, negociadas muitas vezes com os ditadores nos cargos públicos, não é suficiente para reconciliar a sociedade e sepultar as violações aos direitos humanos, pois depois de décadas da prática desses crimes e do fim das ditaduras, segmentos dessas sociedades, incluindo a brasileira, ainda clamam por justiça, surgindo um dos maiores dilemas da justiça de transição, que é decidir acerca da punição ou não dos perpetradores dos crimes do passado.

Para ilustrar esse dilema, Kai Ambos (2004, p. 77) cita que poucos anos antes de sua prisão no Reino Unido, o antigo dirigente militar chileno, Augusto Pinochet, proferiu um discurso no “Club de la Unión”, em que afirmou: “Isto é, guardar silêncio e esquecer. Depois do

tempo que passou, a única coisa a fazer nestas circunstâncias é esquecer!”. De outro lado, o antigo Presidente democrata-cristão do Chile, Patricio Aylwyn, em agosto de 1995, concedeu uma entrevista à imprensa, em que disse: “Não é bom quando o povo se esquece destas tragédias! Muito pelo contrário, não se deve esquecer. É aconselhável que permaneçam na memória da nação para que nunca mais se repitam. É necessário saber-se o que se passou”.

Já na Argentina, o lema das *Madres de la Plaza de Mayo* é *Ni olvido, ni perdón*. Esse antagonismo pode ser observado não somente no Brasil e demais países da América Latina, mas também em qualquer outro país da Europa, África e Ásia, que passou por um período de transição a cada mudança de regime de governo autoritário para um democrático, que, aliás, foi uma constante no “breve século XX”²⁴, variando o tipo e a extensão das violações dos direitos humanos, assim como a maneira pela qual o novo governo lidou com a reparação das atrocidades passadas.

Para tratar das intrincadas questões que se colocam no debate entre perdão e punição, que estão na agenda atual no Brasil, iremos dialogar com os pensamentos de Hannah Arendt e Jaques Derrida.

1.5.1 Crimes Contra a Humanidade²⁵: Punir ou Perdoar?

Hannah Arendt (2007a, p. 253), em *A Condição Humana*, afirma ser significativo “que os homens não possam perdoar aquilo que não podem punir, nem punir o que é imperdoável”. Para autora, o imperdoável refere-se aos crimes cometidos pelo nazismo, que caracterizam ofensas que ela denomina, com base em Kant, de “mal radical”. Para Jacques Derrida (2005, p. 54), podemos, ao mesmo tempo em se condena numa corte de justiça, perdoar o imperdoável, ou inversamente, podemos não julgar, mas perdoar.

²⁴ De acordo com Eric Hobsbawm (2007, p. 442): “muitos poucos Estados do Terceiro Mundo, de qualquer tamanho, atravessaram o período a partir de 1950 (ou da data de sua fundação) sem revolução, ou alguma outra forma de conflito armado interno. [...] Essa insistente instabilidade social e política do Terceiro Mundo dava-lhe seu denominador comum”

²⁵ A definição dos crimes internacionais, especialmente a caracterização do ponto de vista jurídico-formal dos crimes contra a humanidade, assim como o enquadramento dos crimes praticados durante o regime militar no Brasil nesta categoria, será feita no capítulo 2 dessa dissertação.

No texto *Responsabilidade pessoal sob a ditadura*, Arendt (2004a, p.85) afirma que na época o próprio horror, na sua monstruosidade, parecia, não apenas transcender todas as categorias morais e explodir todos os padrões de jurisdição, se constituindo em algo que os homens não podiam punir adequadamente, nem perdoar.

Na mesma linha de pensamento, para o filósofo Vladimir Jankélévitch (*L'Imprescriptible*), os crimes contra a humanidade, que ele também se referia essencialmente ao Holocausto, não poderiam ser condenados com uma punição proporcional aos crimes, pela crueldade que alcançaram, qualificando-os como imperdoáveis, pois não haveria mais reparação possível. “O perdão morreu nos campos de morte” vaticinou Jankélévitch (apud PERRONE-MOISÉS, 2006, p. 212-213).

Para Arendt (2007a, p. 253), a “punição é a alternativa para o perdão; ambos têm em comum o fato de que tentam pôr fim a algo que, sem sua interferência, poderia prosseguir indefinidamente”.

De outro lado, para Derrida (2005, p. 75), o perdão não pertence à esfera política ou jurídica. Derrida se opõe à simetria entre punir e perdoar, não admite que sejam colocados lado a lado. A ordem do perdão transcende todo o direito e todo o poder político, não guardando nenhuma analogia ou afinidade com institutos político ou jurídico. Por isso, Derrida se opõe à confusão entre perdão, desculpa, remorso, anistia e a prescrição.

O interesse de Derrida sobre o assunto se acentuou devido ao que ele chamou de “globalização da confissão”, em que por todos os cantos do mundo as cenas de arrependimento, de confissão de perdão e desculpas se multiplicaram a partir da 2ª Guerra Mundial, acentuando-se nos últimos tempos. Relembrando o pedido de perdão da igreja católica em relação aos crimes da 2ª Guerra Mundial, o primeiro ministro do Japão aos coreanos e chineses, o pedido de perdão do governo da Bélgica por não ter agido em relação ao genocídio em Ruanda, e, mais recentemente, a confissão das forças armadas do Chile.

Na Argentina também houve demonstração de arrependimento público por parte do comandante do Exército, diferentemente do Brasil, em que nunca houve um pedido público e formal de desculpas por parte das Forças Armadas²⁶.

²⁶ Pelo contrário, no Brasil, os militares seguem defendendo a doutrina da segurança nacional, como no episódio de outubro de 2004, que após fotos publicadas que supostamente seriam de Vladimir Herzog sendo submetido à tortura antes de ser morto em prisão militar, o comandante do exército General Francisco Roberto de Albuquerque divulgou nota na qual afirmou que o Exército não mudou suas convicções sobre o acontecido naquele período histórico, cuja violência da repressão havia sido uma resposta à violência da esquerda armada. Para a íntegra da nota, cf. *O Globo* de 19 de outubro de 2004. Este episódio é citado por Anthony Pereira (2005, p. 164), como outra indicação de ausência de reformas das Forças Armadas brasileiras, diferentemente do ocorrido na Argentina e Chile.

Mas, conforme lembra Derrida, não são pessoas pedindo perdão, mas entidades (governos, igrejas, etc), o que por si só já descaracterizaria o perdão, trazendo a questão, referente aos casos de perdão coletivo²⁷, de “quem tem o direito de perdoar ou de pedir perdão”? Nesse aspecto, Derrida (2005, p. 75) traz o exemplo da mulher da África do Sul, cujo marido tinha sido seqüestrado e morto, que convidada pela Comissão de Verdade e Reconciliação a ouvir o testemunho dos assassinos foi indagada se estava disposta a perdoar, e que respondeu o seguinte: “Nenhum governo pode perdoar. [Silêncio] Nenhuma comissão pode perdoar. [Silêncio] Somente eu posso perdoar. [Silêncio] E não estou disposta a perdoar”.

O Estado pode julgar, mas o perdão não tem nada a ver com o julgamento, nem com o espaço político ou público. Ainda que fosse “justo”, o perdão não teria nada a ver com a justiça judiciária, com o direito, pois o perdão é da competência da pura singularidade da vítima.

Por outro lado, Jankélévitch em seu texto *L'Imprescritible*, (apud TELES, 2007, p. 114), afirma que um dos principais motivos para não perdoarmos seria o não arrependimento do criminoso²⁸. A transformação do culpado e o compromisso de evitar a repetição do mal infligido, para se realizar o perdão, devem estar contidos na encenação do arrependimento.

Jacques Derrida, por seu turno, se posiciona contra a lógica do condicionamento do perdão ao arrependimento ao questionar que se perdoamos quem já se arrependeu, não seria mais o criminoso o perdoado. Ele distingue, então, o perdão *condicional* (em troca do arrependimento, da transformação do pecador etc) do perdão *puro e incondicional*, que excede gratuitamente toda troca, que independe de qualquer pedido de arrependimento, reconciliação, conversão, redenção, toda economia, toda a finalidade (psicológica, terapêutica, política) (DERRIDA, 2005, p. 87).

²⁷ “Se o perdão em seu uso fraco, no cotidiano, é direcionado a alguém com o qual se tem certa intimidade (familiar, amorosa, comunitária), perde-se a marca do outro a quem se pede perdão; a proximidade provoca uma fusão, anulando a distância necessária para a reflexão sobre a alteridade, a ofensa, as conseqüências etc. O perdão cotidiano caracteriza-se mais como uma etiqueta, a pequena ética de um grupo social, entre pessoas que se identificam. No perdão em sentido forte, o perdão coletivo, a implicação ocorrerá em uma série de procedimentos, instâncias e instantes nos quais o outro, aquele a quem se dirige o pedido, ainda que sejam muitos, está a certa distância, obrigando o requerente a nomear o sujeito, a ofensa e a qualidade de sua ação. E o outro, o que pode ou não perdoar, envolve-se em reflexões sobre a presença do trauma passado no presente de suas ações e sobre as conseqüências futuras do perdoar” (TELES, 2007, p. 113).

²⁸ “O perdão! Mas nos foi algum dia pedido perdão? É somente a miséria dos culpados que dará um sentido e uma razão de ser ao perdão. Quando o culpado é gordo, bem alimentado, próspero, enriquecido pelo ‘milagre econômico’, o perdão é uma sinistra brincadeira.[...]” (Jankélévitch apud TELES, 2007, p. 118)

Para Derrida, só é possível perdoar o imperdoável. O perdão não pode ser banalizado, deve sempre ser excepcional. Essa distinção parece ser uma resposta ao posicionamento de Jankélévitch, segundo o qual os alemães não haviam pedido perdão pelo que fizeram e, portanto, não caberia de forma alguma perdoá-los.

A respeito da posição de Hannah Arendt sobre o perdão, afirma Derrida:

Parece-me que ela simplifica um pouco as coisas. Eu estaria tentado a pensar que o perdão só responderia à sua vocação pura, se ele conseguir, quando ele perdoa o imperdoável e se coloca assim acima do direito, além de toda sanção calculável. O perdão é e deve permanecer heterogêneo ao espaço jurídico. O perdão não tem qualquer simetria, ou qualquer relação de complementaridade com a punição (apud PERRONE-MOISÉS, 2006, p. 215)

Ao que parece, a posição de Hannah Arendt admite uma combinação possível entre perdão e punição, enquanto Jaques Derrida afasta esta possibilidade. Porém, ambos parecem concordar com um aspecto, que é a capacidade do perdão de finalizar a ação ou interromper o curso dos acontecimentos, possibilitando um recomeço.

De qualquer forma, fica claro que o perdão situa-se fora das searas da política e da justiça, porquanto o perdão prescinde da força para operar. A maioria dos discursos sobre o perdão que se apresentaram ao redor do mundo, sobretudo nas sociedades que sofreram com passados de graves violações aos direitos humanos, subverteram o sentido e o alcance do conceito, a fim de subsumi-lo no âmbito do instituto jurídico da anistia, que, como veremos, além de não se confundir com perdão, não é admitida pelo direito internacional para os crimes contra a humanidade.

O imperdoável e o imprescritível são conceitos que também não se confundem, mas têm em comum uma espécie de eternidade ou transcendência em relação ao jurídico e, inclusive, ao histórico. Assim como ocorre com o perdão, também o imprescritível se apresenta como um ato de exceção, ultrapassando as temporalidades das leis e do direito (TELES, 2007, p. 114).

Conforme leciona Derrida (2005, p.54) quando é inscrita na lei, para os crimes contra a humanidade, a noção de imprescritibilidade se torna, assim, para além da temporalidade jurídica e portanto humana, um conceito jurídico, dando a entender que nenhuma lei dos homens, no tempo dos homens, pode subtrair o criminoso ao julgamento. A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade faz com que a ordem humana da lei e o tempo humano do julgamento sejam

excedidos por uma instância transcendente, pois os homens não têm o direito de subtrair ou de se subtrair ao julgamento, qualquer que seja o tempo decorrido após a sua falta.

O argumento em favor da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é que eles, segundo Vladimir Jankélévitch (apud TELES, 2007, p. 114), são crimes metafísicos ou ontológicos, pois visavam suprimir “a existência do outro”, não “tanto deste ou daquele enquanto indivíduo”, mas do homem “enquanto homem”: “são estes os crimes contra a humanidade, os crimes contra a essência humana, os crimes contra a humanidade do homem em geral” e, por isso, difeririam dos crimes comuns, pois afetam inclusive a capacidade dos homens de perdoar.

A origem histórica dos crimes contra a humanidade no cenário internacional está relacionada ao massacre provocado pelos turcos contra os armênios na Primeira Guerra Mundial, tendo essa qualificação sido feita na nota diplomática da Rússia, Grã-Bretanha e França, em maio de 1915, em Petrogrado, como um crime da Turquia contra a humanidade e a civilização.

Mas foi com o Tribunal de Nüremberg, destinado ao julgamento dos grandes criminosos nazistas, que o conceito apareceu com a primeira roupagem jurídica, que foi necessária para enquadrar as perseguições pela Alemanha aos seus próprios cidadãos, mas que não se subsumia ao conceito de crimes de guerra, pois não havia congêneres na história das guerras a expulsão, a deportação e o extermínio levados a cabo por um país contra seus próprios nacionais. Arendt (2007b, p. 507), em *As Origens do Totalitarismo*, comenta ainda da inutilidade dos campos de concentração com os objetivos do conflito, demonstrando a impossibilidade de se enquadrar os atos lá executados como crimes de guerra.

Dessa forma, o que caracterizaria os crimes contra a humanidade, que se aplicaria sem maiores problemas para o genocídio para Hannah Arendt, seria o atentado à pluralidade e à diversidade humana (LAFER, 2001, p. 180). Os crimes dos nazistas, embora praticados no corpo do povo judeu, eram contra a humanidade. De acordo com Arendt (2007b, 510):

Os campos de concentração constituem laboratórios onde mudanças na natureza humana são testadas e, portanto, a infâmia não atinge apenas os presos e aqueles que administram segundo critérios estritamente científicos; atinge a todos os homens. A questão não é o sofrimento, do qual sempre houve demasiado na terra, nem o número de vítimas. O que está em jogo é a natureza humana.

O crime contra a humanidade transcende o indivíduo, pois quando um indivíduo é agredido, por meio de atos inumanos, atinge-se e nega-se a toda a humanidade, e por isso a instância para o julgamento desses crimes também transcende-se no tempo. Por essa razão, o que caracteriza essencialmente o crime contra a humanidade é a qualificação da humanidade como vítima.

De acordo com Derrida, o perdão também não se confunde com o conceito de anistia. A palavra “anistia”, deriva do grego “amnestía”, assim como amnésia, que significa esquecimento. No âmbito do direito, o seu significado vai além do esquecimento, demonstra que o governo quer apagar, como se nunca tivesse existido, o crime e não esquecê-lo.

O perdão pode ser considerado direito da legalidade penal, relacionado ao direito absoluto e soberano de clemência ou de graça. A anistia, diferentemente da graça, não provém da instância judiciária e, sim, de uma instância política. A interdição, no que se refere à persecução penal dos crimes anistiados, tem como consequência a impossibilidade da invocação dos fatos sob sua qualificação criminosa. Trata-se, para Paul Ricoeur, citado por Cláudia Perrone-Moisés (2002, p. 289), de uma verdadeira amnésia institucional, que nos convida a fazer de conta que os próprios fatos não existiram

Immanuel Kant (2008, p. 180), em *A metafísica dos costumes*, afirma que de “todos os direitos de um soberano, o direito de *conceder clemência* a um criminoso, diminuindo ou perdendo inteiramente a pena, é o mais escorregadio que lhe compete exercer [...], a despeito de estar ele com isso cometendo injustiça no mais alto grau”. O argumento de Kant é que o soberano só poderia fazer uso do direito de clemência no caso de crimes contra ele próprio, ou contra o Estado (*crimen laesae maiestatis*), exceto se nestes casos a clemência não colocasse em perigo a segurança do povo.

O perdão, como visto, é da pura singularidade da vítima e, por isso, não pode um terceiro, o Estado, perdoar no lugar da vítima, pois o perdão deve se realizar por meio de um face a face entre vítima e ofensor e como afirma Hannah Arendt, em *Eichman em Jerusalém*, ainda que a vítima prefira perdoar e esquecer, os processos criminais uma vez que são obrigatórios devem ser iniciados (2004b, p. 283).

A conciliação entre o perdão e a punição talvez não seja necessariamente encontrada no processo judicial clássico, em seu paradigma de justiça punitiva, mas pode ser num

novo paradigma, como a justiça restaurativa²⁹, ou em outro foro, como as Comissões de Verdade e Reconciliação, que podem ser entendidos como

espaços onde as vítimas, seus familiares e a sociedade têm a possibilidade de se reconciliar com o passado, compreendendo o que se passou, fazendo com que o indivíduo se sinta de novo em casa no mundo, como diria Hannah Arendt. Talvez Derrida tenha razão ao dizer que o perdão é algo ligado ao divino, pois é difícil pensar em perdoar os crimes contra a humanidade se nos situarmos apenas nos “assuntos humanos” (PERRONE-MOISÉS, 2006, p. 222).

Mais do que se discutir sobre perdão ou a punição aos que cometeram crimes contra a humanidade, deve-se tentar saber o que aconteceu e tentar compreender, e como afirma Hannah Arendt (2007b, p. 12), compreender

não significa negar nos fatos o chocante, eliminar deles o inaudito, ou, ao explicar fenômenos, utilizar-se de analogias e generalidades que diminuam o impacto da realidade e o choque da experiência. Significa, antes de mais nada, examinar e suportar conscientemente o fardo que o nosso século colocou sobre nós – sem negar sua existência, nem vergar humildemente ao seu peso. Compreender significa, em suma, encarar a realidade sem preconceitos e com atenção, e resistir a ela – qualquer que seja.

Trazendo a discussão para o caso brasileiro, mais do que se discutir o perdão ou a punição aos agentes da repressão política do período da ditadura militar, a sociedade brasileira precisa saber a fundo o que aconteceu, pois quando se trata da memória de passado doloroso, nunca se pode afirmar que já se sabe de tudo, muito menos se aceitar um conhecimento incompleto. Para tanto, é imprescindível que se abram os arquivos da ditadura.

1.5.2 Das Variadas Formas de Respostas às Graves Violações aos Direitos Humanos: Vingança, Esquecimento e Julgamento

Cada Estado adota a maneira que melhor entende de lidar com o passado de abusos e graves violações aos direitos humanos, variando as formas de reação que as vítimas, o Estado e grupos sociais possam adotar³⁰.

²⁹ A justiça restaurativa será tratada no capítulo 4.

³⁰ Para as variadas formas de respostas e os problemas da justiça de transição, ver DIMOULIS, Dimitri. *O caso dos denunciadores invejosos*. São Paulo, RT, 2005.

Não há dúvidas de que ante a inércia de um Estado em dar uma resposta coletiva ou institucionalizada, ou quando esta é considerada insuficiente pela vítima ou pela própria comunidade é possível aparecer a idéia do recurso à vingança. De acordo com pesquisas sociais e biológicas, prevalece o entendimento de que a vontade de retaliar é um sentimento tão natural no ser humano quanto o amor, o ódio e o medo (FAVARO, 2008, p. 89). Para o economista turco Naci Mocan, citado por Thomaz Favaro (2008, p.92): “Se o sistema jurídico funciona, as pessoas esperam que os conflitos terminem com a correção do mal que lhes foi causado”. Quando o sistema não funciona, a insatisfação com o sistema jurídico potencializa a tentação de se buscar a vingança privada³¹. A vingança, sistema primitivo de justiça, desde que o Estado assumiu para si o seu monopólio, é totalmente reprovável.

Outra forma de resposta às atrocidades seria o esquecimento por meio de promulgação de leis de anistia. Ocorre que, muitas vezes, o esquecimento pode significar que as vítimas foram “assassinadas” duas vezes, pois foram eliminadas fisicamente e, assim, relegadas ao esquecimento, e porque quando a memória dos abusos e violações não é realmente observada, a cicatrização da ferida é mais difícil e mantém latente o sofrimento, podendo exasperar as tensões.

Por fim, tem-se a possibilidade de os acusados irem a julgamentos, seja por meio de órgãos judiciais ou quase-judiciais, como as comissões de verdade e conciliação, que permitem fixar a responsabilidade individual dos agentes e, além de conferirem publicidade aos procedimentos, afastam o desejo de retaliação, porquanto a aplicação do direito ao acusado, aplaca a reivindicação da vítima por justiça. Ademais, por meio dos julgamentos, registra-se de uma maneira confiável as violações passadas, permitindo às gerações vindouras encarar o passado com seus horrores e suas glórias, tendo consciência dos fatos e acontecimentos e não se esquecendo das vítimas.

³¹ De acordo com Naci Mocan, autor de um estudo comparativo sobre o desejo de vingança em 53 países, o Brasil aparece em terceiro lugar entre as nações nas quais o sentimento de vingança é mais acentuado, atrás da Bielorrússia e da Bélgica (FAVARO, 2008, p. 92).

1.5.3 Direito à Verdade e à Memória Frente às Graves Violações aos Direitos Humanos

O direito da sociedade à verdade é inegavelmente o que mais conflita com as chamadas leis de anistia, que os Estados têm utilizado como instrumentos de interdição da verdade, a fim de se jogar o passado no esquecimento em sua integralidade. É certo que o direito internacional não proíbe aos poderes públicos nacionais exercerem certas formas de clemência, como prevê, *v.g.*, o art. 6º (5) do Segundo Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, porém esse direito de clemência sofre certos condicionamentos do direito penal internacional e do direito internacional dos direitos humanos, de maneira que uma anistia geral para o caso de atrocidades como desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais e torturas, e que além disso favoreça as forças de segurança do Estado, será tido como ineficaz perante o direito internacional.

Devido a importância que se deu à verdade, na Argentina e no Uruguai as leis de manifestação do direito de clemência tiveram que ser chamadas de outras maneiras, mas não receberam a carga de “anistia”³², já que esta expressão traz em si uma carga moral de esquecimento e impunidade.

Na África do Sul, a anistia aos perpetradores foi condicionada à revelação de toda as informações que eles sabiam sobre as violações dos direitos humanos de que haviam participado, e quem não foi verdadeiro ou completo em seus depoimentos puderam ser processados criminalmente.

Assim, uma das obrigações impostas aos Estados de legados autoritários é a revelação do passado sobre todos os fatos e violações às vítimas, familiares e sociedade. Essa obrigação não é uma alternativa à obrigação de investigar, processar e punir os perpetradores, além das reparações às vítimas e reformas de instituições.

Em primeiro lugar, este esforço do Estado deverá estar destinado a estabelecer a verdade sobre a estrutura repressiva que conduziu ao cometimento de crimes de lesa-humanidade, incluindo as linhas de mando, as ordens dadas, os estabelecimentos e os mecanismos que foram utilizados para assegurar a

³² Na Argentina foram chamadas de Leis do Ponto final (1986) e da Obediência devida (1987), no Uruguai, a a anistia de 1986 foi chamada de Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado.

impunidade e o segredo destas operações³³ (MÉNDEZ, 2004, p. 527, tradução nossa).

Esclarece o autor que se trata de estabelecer a verdade circunstancial para cada uma das vítimas, de acordo com o modelo chileno, da Comissão de Verdade e Reconciliação, de cada caso que chegar ao seu conhecimento, cuja obrigação permanece em vigência enquanto subsistir qualquer incerteza sobre a sorte e o paradeiro da vítima do abuso estatal.

O sigilo de documentos, dados e informações nas sociedades que sofreram com ditaduras militares atinge não só o direito das famílias de mortos e desaparecidos políticos de poderem dar enterro digno a seus entes e conhecer as circunstâncias de suas mortes, bem como o interesse da sociedade de conhecer e ter acesso à sua história.

Para Cláudia Perrone-Moisés (2002, p. 289-290), a necessidade da reconstrução da memória deve ocorrer, a despeito das leis de anistia,

pois esta pode impedir o exercício e violar outros direitos humanos, além dos que já tiverem sido violados por ocasião da ação criminosa, tais como o “direito à verdade”, o “direito à memória” e o “direito ao luto”, este último nos casos de desaparecimentos forçados e no qual se compreende o “direito de recobrar os restos”, decorrente do respeito jurídico legal dos corpos das pessoas falecidas.

A verdade que a sociedade reclama “não é a meramente formal, mas aquela que permita construir a memória, como a única possibilidade de se rearticular algo que não implique apenas nas reconstruções das ruínas arqueológicas, na recordação como puro passado”³⁴ (OLIVEIRA; GUEMBÉ, 2004, 546, tradução nossa).

A importância da compreensão do horror da ditadura está no fato de que tais eventos deixam marcas não somente nas vítimas, mas em toda a sociedade, na medida em que postergam os traumas e abalam nossa confiança nas instituições políticas, do mesmo modo que criam a dúvida com relação aos valores democráticos, prejudicando nossa capacidade de agir. Nas sociedades com herança autoritária, a democracia é ameaçada pela eliminação da elaboração mnêmica e conseqüente medo das incertezas do presente (TELES, 2007, p. 90).

³³ “*En primer lugar, esse esfuerzo deberá estar destinado a establecer la verdad sobre la estructura represiva que condujo a la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluyendo las líneas de mando, las órdenes impartidas, los establecimientos que se hayan utilizado y los mecanismos utilizados conscientemente para asegurar la impunidad y el secreto de estas operaciones*”.

³⁴ *La verdad que la sociedad reclama no es esta verdad formal, sino aquella que permita construir la memoria; la memoria como única posibilidad de rearticular algo que no implique la reconstrucción de las ruinas arqueológicas, el recuerdo como puro pasado.*

O direito à verdade sobre violações maciças e sistemáticas do passado também é parte integrante da liberdade de expressão, que se vincula com um direito à informação em posse do Estado, sendo, portanto, um direito coletivo inerente às sociedades democráticas. A falta de conhecimento da história de um país, faz com que seu povo não possa se auto-determinar, exercendo com liberdade, maturidade e responsabilidade o poder estatal, comprometendo o exercício da plena cidadania. Com efeito,

Existe uma perspectiva não individual do direito à verdade que se assenta no direito da comunidade de conhecer seu passado, entre outras razões, como forma de resguardar-se para o futuro. É o direito da sociedade de conhecer suas instituições, seus atores, os fatos ocorridos, para poder saber, desde o conhecimento de seus acertos ou de suas falências, qual é o caminho a seguir para consolidar a democracia³⁵ (OLIVEIRA; GUEMBÉ, 2004, p. 549, tradução nossa).

No entanto, é preciso ter em mente que embora o conhecimento da verdade seja importante, ela não é suficiente para se evitar catástrofes futuras. Como afirma Edgar Morin (2005, p. 97) a “certeza de conhecer a verdade está longe de ser uma garantia contra o erro. Como dizia Romain Gary: *Desconfiem da verdade; ela sempre comete os mesmos erros*”.

De fato, este conhecimento deve vir acompanhado de uma atitude de estrita vigilância cidadã, da vivência cotidiana da democracia, que impõe olhares atentos e cuidados de prudência, pois a não aceitação de cumplicidade com regimes que lesionam o respeito à autonomia e a dignidade das pessoas é o ponto central da responsabilidade cidadã.

As formas com que os Estados podem cumprir com suas obrigações internacionais de revelar a verdade e se construir a memória do passado traumático podem variar de acordo com o contexto em cada sociedade está inserida. “Em princípio serão válidas diversas experiências ou intentos de dar cumprimento à obrigação de investigar e revelar a verdade sobre as violações em massa e sistemáticas dos direitos fundamentais”³⁶ (MÉNDEZ, 2004, p. 532, tradução nossa).

As recordações dos erros do passado, por meio de atribuição de responsabilidades dos culpados, não pode ser vista como de somenos importância, infrutífera ou

³⁵ “Existe una perspectiva no individual del derecho a la verdad que se asienta en ele derecho de la comunidad a conocer su pasado, entre otras razones, como forma de resguardarse para el futuro. Es el derecho de la sociedad a conocer sus instituciones, sus actores, los hechos acaecidos, para poder saber, desde el conocimiento de sus aciertos o de sus falencias, cuál es el camino a seguir para consolidar la democracia”.

³⁶ “[...] en principio serán válidas diversas experiencias o intentos de dar cumplimiento a la obligación de investigar e revelar la verdad sobre violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos fundamentales”

destrutiva, mas, sim, como uma face da justiça, pois esta também pode ter uma função de lembrança. Assim, diante de um período de transição, os Estados podem adotar as seguintes formas de se lidar com a justiça e a memória: “(i) julgamento e punição (acusação penal); (ii) iluminação e reconhecimento (comissões de verdade e reconciliação) e (iii) esquecimento para o bem de um futuro comum (anistia)” (BASTOS, 2009, p. 65-66).

A acusação penal contra os perpetradores, entre outros, se verificou no Tribunal Internacional Militar de Nüremberg, no julgamento de Eichmann, em Jerusalém, de ex-comandantes das ditaduras militares argentina e chilena, no Tribunal Especial para Serra Leoa, nos Tribunais “ad hoc” para a antiga Iugoslávia e Ruanda.

Os julgamentos são importantes instrumentos da memória, pois a memória conserva o crime, permanecendo como algo que não se pode esquecer e reafirma o papel da retribuição, servindo de alerta, ainda que não sejam alcançados todos os responsáveis. Além disso, os julgamentos conduzirão os rumos que as sociedades irão trilhar após os fatos, pois auxiliam para a construção da memória coletiva favorecendo os valores que resultem em responsabilidade e compromisso para o futuro.

As comissões de verdade são organismos de investigação criados para ajudar as sociedades a enfrentarem criticamente o seu passado, a fim de superar as profundas crises e traumas gerados pela violência, como se constituíram em vários países da América Latina³⁷ e na África do Sul³⁸, onde a ênfase é na investigação e divulgação das violações dos direitos humanos e das circunstâncias envolvidas, sem exigir dos Estados que processem criminalmente os envolvidos.

Na maioria das vezes, as comissões da verdade apenas apresentam as responsabilidades éticas e políticas dos atos de repressão, como foi o caso na Argentina do CONADEP³⁹ – Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas, e no Chile com a

³⁷ A respeito das Comissões da Verdade na América Latina, ver o artigo “Las Comisiones de la Verdad em América Latina” de Esteban Cuya (1996).

³⁸ Sobre a Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul, ver a tese de doutorado de Edson Teles, *Brasil e África do Sul: os paradoxos da democracia* (2007), e o livro de Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos, *Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro* (2009).

³⁹ “[...] o relatório estabeleceu as responsabilidades éticas e políticas pelos atos de repressão. Mas não as jurídicas. Enquanto a sociedade ficou chocada com as revelações do documento, os militares rejeitaram seus achados. E os juízes, foram forçados a reagir a eles, porque as informações sobre os abusos de direitos humanos iriam servir de base para milhares de casos nos tribunais[...].” (MEZAROBBA, 2007b, p. 195).

Comissão Nacional de Verdade e Reconciliação⁴⁰, deixando a questão das responsabilidades penais para o Judiciário.

No entanto, para Juan Mendéz (2004, p. 537), as Comissões da Verdade que tiveram maiores êxitos foram aquelas que em sua criação não se basearam na premissa de que não haveria julgamentos, mas sim que eram um passo no sentido da restauração da verdade e, oportunamente, também da justiça.

O estabelecimento da memória por meio da comissão da verdade e reconciliação na África do Sul, na qual caracterizou a concepção da anistia como “língua da saúde do corpo nacional”, conduziu Derrida (2005, p. 59) a entender o dever da memória como uma cura terapêutica contra os efeitos patológicos do recalque e a narração das experiências vividas pelas vítimas, como sendo capaz de mitigar a dor a elas imposta.

Por fim, pode-se adotar a anistia, que é uma forma político-judicial de esquecimento que figurativamente “coloca o passado fora de vista”. Nesse caso, o passado é movido para longe do alcance da justiça e para as sombras do esquecimento cívico, mas pode ultrajar as sensibilidades morais, pois traz o problema de quem pode perdoar e ser perdoado, e parece violar ou colocar em débito a fidelidade das vítimas em relação ao Estado, o que poderia ser resgatado através da lembrança e da memória (BASTOS, 2009, p. 68).

Em vários países que adotaram leis de anistia para se impedir a investigação e o julgamento dos acusados de crimes contra a humanidade, especialmente na Argentina, essas leis foram confrontadas com o chamado “direito à verdade”. Vítimas ou seus familiares, notadamente dos desaparecidos, ajuizaram ações nos Tribunais amparadas nesse direito⁴¹.

De fato, ante o descumprimento ou cumprimento parcial por parte do Estado da obrigação de investigar e revelar a verdade, o Poder Judiciário, no contexto de uma democracia, assume papel de destaque na promoção do respeito aos direitos fundamentais da pessoa,

⁴⁰ De forma explícita, o art. 2º do decreto que criou a Comissão Nacional de Verdade e Reconciliação estabelecia que “em nenhum caso” ela poderia assumir funções próprias de tribunais de Justiça nem interferir em processos pendentes. Ou seja, não cabia à comissão determinar a responsabilidade individual pelos atos cometidos, embora pudesse encaminhar aos tribunais as informações recebidas que julgasse pertinentes (MEZAROBBA, 2007b, p. 252).

⁴¹ “Essas [ações] fundaram-se expressamente nesse direito, entendido como o direito subjetivo dos familiares, bem como o direito que os povos têm de conhecer sua história, com vistas e também da sociedade de conhecer sua história com vistas a obter ampla informação acerca da metodologia e organização do terrorismo de Estado. A base jurídica de tais demandas foi o direito internacional dos direitos humanos. Com base nas convenções internacionais, na doutrina e na jurisprudência internacionais, exigia-se que o Estado argentino cumprisse suas obrigações internacionais, investigando o destino dos ‘desaparecidos’ ” (PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 302-3).

especialmente porque, em última análise, a ele incumbe a interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos.

Questão controvertida que surgiu nessas lides, foi a de saber quais as funções do processo penal. Ele poderia ser acionado para se buscar o “direito à verdade” dos fatos, ou sua função precípua se limitaria à aplicação de pena? E se a anistia extingue a punibilidade do agente haveria interesse processual neste tipo de demanda, ainda que o propósito último não seja o de se buscar a punição e nem a condenação em indenização civil?

No Chile, a “doutrina Aylwin”, que recebeu o nome do ex-presidente, admitiu que sob a lei de anistia vigente, os militares estavam claramente eximidos de pena, porém isso não implicaria na isenção da investigação. Nesta forma abreviada de processo penal existe uma investigação judicial do crime de Estado, mas não há determinação de culpa e sanção individual (TEITEL, 2004, p. 324).

Na Argentina, os resultados iniciais das demandas pelo judiciário não foram uniformes, mas a intervenção judicial constituiu o ponto de inflexão que determinou a transcendência pública da questão⁴². “De toda forma, ficou claro que seria necessário anular ‘os perdões’ concedidos para que se pudesse ao menos tentar saber a verdade do ocorrido” (PERRONE-MOISÉS, 2006, p. 221).

Essa discussão foi esvaziada na Argentina, pelo menos a partir de junho de 2005, quando a Suprema Corte de Justiça daquele país revogou as leis de impunidade do governo Alfonsín, iniciando um processo político e jurídico de responsabilização dos criminosos da ditadura. A Corte Suprema argentina entendeu que os tribunais do país deveriam adotar as

⁴² Dois casos, o de Alejandra Lapacó, seqüestrada em 1976 e desaparecida desde então e o de Benito Urteaga, morto, de acordo com a imprensa, em um enfrentamento com as forças de segurança, também em 1976, trazidos por Martín Abregu, citada por Claudia Perrone-Moisés (2002, p. 303-4), demonstram como a questão foi enfrentada: No primeiro caso, a Corte Suprema Argentina decidiu por maioria, em 1997, que o objetivo do processo penal é a aplicação de penas e, sendo assim, não assiste à vítima (ou seus familiares) nenhum direito de conhecer a verdade acerca do crime cometido, pelo menos no âmbito penal. Já no segundo caso, a mesma Corte entendeu, no mesmo ano, que as vítimas do terrorismo de Estado teriam o direito de saber o que aconteceu, utilizando-se, não do processo penal, mas do *habeas data*. Esta decisão constituiu avanço importante no plano interno para a tutela do direito dos familiares de conhecer a verdade, isto é, da consagração do “direito à verdade” como um direito humano que deve ser promovido, protegido e garantido como os demais. O Caso Lapacó foi posteriormente (1998) submetido à Corte Suprema que confirmou a decisão anterior. Em seguida, este caso foi apresentado perante a Comissão de Direitos Humanos da OEA, alegando-se violação do “direito à verdade”. Após várias audiências, em 1999, chegou-se a uma solução amistosa na qual o governo da Argentina se comprometeu a garantir o “direito à verdade”, ficando definido tratar-se de obrigação imprescritível, consistente na possibilidade de esgotamento de todos os meios necessários para alcançar o esclarecimento do sucedido com as pessoas desaparecidas durante a ditadura militar

decisões da Corte Interamericana como paradigma interpretativo, tomando como base a sentença do caso “Barrios Altos”.

No Brasil, a discussão ainda interessa, pois a lei de anistia (6.683, de 28 de agosto de 1979) vem impedindo até mesmo ações de naturezas cíveis. Nesse sentido, registre-se o ajuizamento de duas ações cíveis no Fórum Central da Justiça Estadual de São Paulo em face de Carlos Alberto Brilhante Ustra, conhecido torturador – comandante do DOI-CODI de São Paulo entre 1970-1974, em que os autores requereram apenas a declaração das violências ou mortes sofridas por eles ou familiares nas dependências do DOI-CODI, sem exigir indenização pecuniária ou envolver punição criminal.

A primeira, autos nº 583.00.2005.202853, em trâmite perante a 23ª Vara Cível, foi julgada parcialmente procedente em primeira instância, ainda não transitada em julgado, e a outra, autos nº 583.00.2007.241711, em trâmite perante 42ª Vara Cível, por força de um agravo de instrumento interposto pelo réu, foi extinta sem julgamento de mérito por falta de interesse processual, justamente por se entender que a ação manejada seria via inadequada para se veicular a pretensão ao “direito à verdade”.

O Ministério Público Federal também move uma ação civil pública em face da União, Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel, autos nº 2008.61.00.0011414-5, em trâmite perante a 8ª Vara Federal Cível de São Paulo, em que se busca o ressarcimento ao erário em virtude de indenizações pagas a 64 famílias de mortos e/ou desaparecidos pelo aparato do DOI/CODI de São Paulo, ao tempo em que os réus eram os comandantes, e a abertura de arquivos do período. Este processo foi suspenso, em 12/11/2008, até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.077, movida pela Procuradoria-Geral da República pedindo a abertura dos arquivos da ditadura, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, movida pela OAB para questionar a validade da Lei de Anistia para crimes contra a humanidade⁴³.

⁴³ Em fevereiro de 2009, uma nova ação civil pública foi ajuizada pelo MPF em face de sete funcionários públicos estaduais, da União e do Estado de São Paulo (autos nº 2009.61.00.005503-0, em trâmite perante a 11ª Vara Cível da Justiça Federal da Capital/SP). A ação visava a declaração de responsabilidade dos sete funcionários pela tortura e morte de Manoel Fiel Filho, com a condenação solidária e regressiva desses agentes públicos dos valores pagos aos familiares da vítima pela União, bem como a condenação dos mesmos em danos morais coletivos e, ainda, a perda das funções e cargos públicos e/ou a cassação de suas aposentadorias. Contudo, a petição inicial foi considerada inepta, por ilegitimidade de parte e por falta de interesse processual pela inadequação da via eleita pelo *parquet* federal e o processo foi extinto sem julgamento de mérito. O MPF apelou da sentença que extinguiu o feito e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 15.09.2009 deu provimento ao recurso para afastar o indeferimento da inicial, anulando a sentença, e determinar o prosseguimento normal do feito.

Percebe-se desses últimos exemplos, que no Brasil até mesmo ações não penais, inseridas no contexto do chamado “direito à verdade”, vêm encontrando dificuldades de julgamento por força da lei de anistia.

A anistia insere-se no conceito de graça em sentido amplo, que abarca ainda o indulto e a graça em sentido estrito. Estes não são atos de perdão, mas de clemência do soberano. De acordo com o art. 107, inciso II, do Código Penal brasileiro os três institutos extinguem a punibilidade, com a renúncia pelo Estado do exercício do seu *jus puniendi*.

A anistia significa o esquecimento de certas infrações penais pelo Estado, excluindo o crime, como se nunca tivesse existido, e fazendo desaparecer suas conseqüências penais, mas subsistindo as obrigações civis dos fatos criminosos. Nesse sentido, é o escólio de Aníbal Bruno (1967b, p. 202):

Dessas formas de indulgência estatal, a de força extintiva mais enérgica e, portanto, de mais amplas conseqüências jurídicas é a anistia. Ela não se limita a excluir a pena, extingue o próprio crime e com ele todos os seus efeitos penais. Só lhe sobrevivem as obrigações de ordem civil. Caberá sempre ao responsável pelo dano o dever de indenizá-lo. O fato como crime cessa de existir, mas subsiste como acontecer histórico e dele podem resultar efeitos não-penais. Um destes é essa obrigação civil de reparação.

O fato da doutrina penal apenas se referir à reparação civil, não afasta o direito das vítimas e de seus familiares a outros tipos de ações inseridas nesse contexto do chamado “direito à verdade”, não necessariamente de conteúdos condenatórios, porquanto, consoante estabelece o parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Civil brasileiro, “é admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”.

No Brasil, o direito de anistia é ato soberano do presidente da República e do Congresso Nacional, nos termos do art. 48, inciso VIII da Constituição Federal de 1988. Ela possui caráter retroativo, ou seja, só se aplica para fatos pretéritos.

A graça em sentido estrito e o indulto apenas extinguem a punibilidade do agente, mas continua a existir o crime, a sentença condenatória irrecurável e seus efeitos secundários, de maneira que se o agraciado ou indultado vier a cometer novo crime, este será considerado reincidente. Tanto a graça em sentido estrito quanto o indulto operam somente depois da sentença condenatória, persistindo seus efeitos civis.

A graça é individual e pode ser solicitada pelo próprio condenado, pelo Conselho Penitenciário, pelo Ministério Público ou por qualquer pessoa do povo, enquanto o

indulto é coletivo e espontâneo, sendo de competência do Presidente da República, que pode delegá-lo aos Ministros de Estado, Procurador Geral da República ou ao Advogado Geral da União, nos termos do art. 84, inciso XII, e parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

Comparando-se os três institutos como instrumentos para se lidar com a memória e a verdade, percebe-se que, diferentemente da anistia, a graça em sentido estrito e o indulto não deixam incertezas em relação à culpabilidade do beneficiado. Ambos reduzem a condenação ou extinguem a punibilidade, após o devido processo legal em que ficou constatada a materialidade e a autoria do crime, não afastando a culpabilidade do agente. A graça em sentido estrito e o indulto, portanto, extinguem a punição, mas, ao contrário da anistia, não impedem a responsabilização e busca da verdade através do processo judicial.

1.5.4 Verdade Factual v. Verdade Histórica

Nas transições de regimes militares para democráticos, a verdade mais disputada se relaciona com a violência do regime anterior. Os militares sustentam a defesa da repressão como parte da guerra “anti-subversiva”, ao passo que as vítimas sustentam que a brutalidade do governo não era uma guerra anti-subversiva, que os mortos não eram terroristas, mas cidadãos comuns que não foram assassinados por questão de segurança nacional, mas sim por pura arbitrariedade.

Assim, outra questão que se coloca no seio da discussão da aplicação de uma lei de anistia como óbice à busca do direito à verdade, é a de se saber de qual verdade se está a tratar.

No tocante à justiça, ela está equipada para contribuir para o estabelecimento da verdade factual, pois é capaz de reunir uma quantidade de informações, de controlá-las e de ordená-las, dispondo de recursos importantes para tanto, como a polícia, investigadores, testemunhas; ela pune a fabulação, por isso suas descobertas são críveis. Assim, pode facilitar grandemente o trabalho do historiador. Em contrapartida, a justiça está mal equipada para encontrar a verdade que trata do sentido dos acontecimentos, pois ela não aspira a uma equidade histórica, ela instrui para acusar e defender: a verdade factual é colocada a serviço de um objetivo, ela é instrumentalizada, sendo que ela só conhece dois extremos: sim/não,

culpado/inocente, enquanto a verdade histórica situa-se frequentemente em alguma parte do meio termo (TODOROV, 2004, p. 38).

A tentativa de se buscar interpretações de acontecimentos históricos por esta ou por qualquer outra via é falaciosa, pois a própria natureza dos acontecimentos históricos é que se prestam sempre a interpretações encontradas.

Nem as Comissões da Verdade nem os processos penais devem aspirar fazer mais do que podem fazer eficazmente: estabelecer uma base fáctica inegável sobre a qual se possa logo avançar com maior precisão nas distintas interpretações da história⁴⁴ (MENDÉZ, 2004, p. 530, tradução nossa).

Hannah Arendt, em ensaio intitulado *Verdade e Política*, escrito, segundo suas palavras, após a “pseudo controvérsia” que se seguiu à publicação de *Eichmann em Jerusalém*, afirma: “Conceitualmente, podemos chamar de verdade aquilo que não podemos modificar; metaforicamente, ela é o solo sobre o qual nos colocamos de pé e o céu que se estende acima de nós”, evidenciando o espectro e o alcance do termo (ARENDR, 2007c, p. 325).

Já Jacques Derrida, que se debruçou sobre o assunto com a experiência sul-africana, afirma que a questão da “verdade” pode ser antes de tudo um obstáculo à reconciliação em vez de levar a ela. Para Derrida (2005, p.84) o gênero de verdade que se deve tratar em uma comissão de reconciliação não é com o propósito de se “estabelecer um saber, ou uma verdade científica, de uma verdade supostamente objetiva, adequada a seu objeto ou reveladora de seu objeto, tal como um historiador poderia pretender determiná-la e fixá-la”.

Para ele, no momento de instituição e da instalação da TRC [Comissão de Verdade e Reconciliação sul-africana],

todos concordaram que, se ela deveria ser original, distinguindo-se de precedentes, como o processo de Nüremberg, ou do procedimento de anistia geral do Chile, era pela verdade, justamente, pelo cuidado com a verdade, pela necessidade de condicionar a anistia ou o perdão à revelação e ao estabelecimento sem concessões da verdade (DERRIDA, 2005, p. 85).

Dessa forma, é necessário cautela com as formulações, pois a “marca distintiva da verdade factual consiste em que seu contrário não é o erro, nem a ilusão, nem a opinião,

⁴⁴ “Ni las Comisiones de la Verdad ni los procesos penales deben aspirar a hacer más que lo que pueden hacer eficazmente: establecer una base fáctica innegable sobre la cual se pueda luego avanzar con mayor precisión en las distintas interpretaciones de la historia”.

nenhum dos quais se reflete sobre a veracidade pessoal, e sim a falsidade deliberada, a mentira” (ARENDDT, 2007c, p. 308).

E a mentira (em oposição à verdade) tem sido uma ferramenta muito utilizada por políticos e estadistas. “Vistas do ponto de vista da política, a verdade tem um caráter despótico. Ela é, portanto, odiada por tiranos, que temem com razão a competição de uma força coercitiva que não podem monopolizar [...]” (ARENDDT, 2007c, p. 298).

Assim, “as possibilidades de que a verdade factual sobreviva ao assédio do poder são de fato por demais escassas; aquela está sempre sob o perigo de ser arditosamente eliminada do mundo, não por um período apenas mas, potencialmente, para sempre”⁴⁵ (ARENDDT, 2007c, p. 287).

Daí a importância de alguns mecanismos de defesa da verdade factual, criados pelas sociedades modernas, fora do seu sistema político, mas indispensáveis para a sua sobrevivência como a universidade autônoma e o judiciário independente. Em suas palavras: “Entre elas se distingue o poder judiciário, que, seja como ramo do governo, seja como administração direta da justiça, é protegido ciosamente do poderio social e político, bem como todas as instituições de ensino superior” (ARENDDT, 2007c, 321).

O direito a se obter a verdade sobre os fatos passados tem uma relevância ligada à própria sociedade na qual os eventos se desencadearam, pois a verdade factual “relaciona-se sempre com outras pessoas: ela diz respeito a circunstâncias nas quais muitos são envolvidos; é estabelecida por testemunhas e depende de comprovação; existe apenas na medida em que se fala sobre ela, mesmo quando ocorre no domínio da intimidade” (ARENDDT, 2007c, p. 295).

O importante é que se tente buscar a verdade factual, seja pelas comissões da verdade, seja pelos Tribunais, ou outra forma que o Estado encontre para tanto. Todas elas são falíveis e estão sujeitas a erros. Para Juan Méndez (2004, p. 540), porém:

como método de se chegar à verdade, não se encontrou até agora forma mais eficiente que a confrontação sistemática do procedimento contencioso. Ademais, a verdade obtida em júízo em que os acusados gozam de igualdade de armas para confrontar as provas da acusação, oferecer as próprias e invocar causas de

⁴⁵ Hannah Arendt cita como exemplos do fenômeno as declarações de De Gaulle de que foi a França vitoriosa na Segunda Guerra Mundial e o seu conseqüente *status* de grande potência, ou a orientação de Adenauer, na reconstrução política da Alemanha, calcada na imagem de que o Nazismo foi um movimento minoritário. Outra modalidade de manipulação da opinião é o reescrever a História não em termos de interpretação mas de deliberada exclusão de fatos – Trotsky, por exemplo, nos compêndios soviéticos, não participou da Revolução Russa (2007c, p. 312). Acrescente-se ainda as declarações oficiais do governo americano a respeito da guerra do Viet-Nam com as revelações dos *Pentagon Papers*.

justificação de todo tipo têm um poder persuasivo e uma qualidade especial que a faz inegável. Esse caráter inegável dos fatos em disputa é o que deve aspirar o Estado que quer cumprir de boa-fé com sua obrigação de fazer respeitar e garantir o exercício do direito à verdade⁴⁶ (tradução nossa).

Quando não se obtém o direito à verdade permanece um vazio, pois, a verdade possui uma força que lhe é própria e o que quer que possam idear aqueles que detêm o poder, eles são incapazes de descobrir ou excogitar um substituto viável para ela. A persuasão e a violência podem destruir a verdade, não substituí-la (ARENDDT, 2007c, p. 320).

Cabe ressaltar que somente o respeito ao direito à verdade não é capaz de fazer justiça às vítimas. Esse entendimento é o que prevalece no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, seja por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante Comissão IDH) ou da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH), que tem entendido que a verdade obtida por meio de um julgamento é preferível àquela proveniente de uma Comissão de Verdade, bem como a conjugação de uma Comissão de Verdade com uma anistia não é suficiente para que um Estado faça frente às suas obrigações internacionais, previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH). Assim, por exemplo, no caso “Almonacid Arellano v. Chile”, sentença de mérito de 26 de setembro de 2006, a Corte IDH assentou que:

149. A Corte deseja ressaltar uma vez mais a importância que tem cumprido as diversas Comissões chilenas [...] em tratar de construir de maneira coletiva a verdade do ocorrido entre 1973 e 1990. Do mesmo modo, a Corte valora que no Informe da Comissão Nacional de Verdade e Reconciliação se encontre mencionado o nome do Senhor Almonacid Arellano e se faça um breve resumo das circunstâncias de sua execução.

150. Não obstante, sem desconhecer o anterior, a Corte considera pertinente precisar que a “verdade histórica” contida nos informes das citadas Comissões não pode substituir a obrigação do Estado em buscar a verdade através dos processos judiciais⁴⁷.

⁴⁶ “como método de llegar a la verdad, no se ha encontrado hasta ahora forma má eficiente que la confrontación sistemática des procedimiento contencioso. Además, la verdad obtenida en juicio en que los acusados gozan de igualdad de armas para confrontar la prueba de cargo, ofrecer la propia e invocar causales de justificación de todo tipo tiene un poder persuasivo y una calidad especial que la hace innegable. Ese carácter de innegable de los hechos en disputa es al que debe aspirar el Estado que quiera cumplir de buena fe con su obligación de hacer respetar y garantizar el ejercicio del derecho a la verdad.”

⁴⁷ “149. La Corte desea resaltar una vez más la importancia que han cumplido las diversas Comisiones chilenas (supra párr. 82.26 a 82.30) en tratar de construir de manera colectiva la verdad de lo ocurrido entre 1973 y 1990. Asimismo, la Corte valora que en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación se encuentra mencionado el nombre del señor Almonacid Arellano y se haga un breve resumen de las circunstancias de su ejecución. 150. No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la “verdad histórica” contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales”. No mesmo sentido: Corte IDH, caso “Goiburú e outros v. Paraguai”, sentença de 22 de setembro de 2006, §§164 a 170.

Vejam os a seguir, a forma adotada pelo Estado brasileiro para lidar com o seu passado de abusos e graves violações aos direitos humanos dos porões da ditadura militar.

1.5.5 A Opção Brasileira: O Esquecimento (Anistia) para uma Transição Pacífica

A ditadura militar que se instalou com o golpe de 1964, com o apoio de setores da sociedade civil, no findar da década de 70 vivia uma fase de “lenta, gradativa e segura distensão”, nas palavras do principal realizador da liberalização, general Ernesto Geisel, que assumiu a Presidência da República em 1974⁴⁸.

A maior parte da população não participou de forma direta com os movimentos de resistência ao regime⁴⁹ e de início sequer parecia compreender a sua dimensão, cuja contribuição para essa situação de apatia foi o controle imposto pela força do terror, que vinha sendo alvo de denúncias na Europa e nos Estados Unidos⁵⁰. Nas palavras de Gaspari (2002a, p. 233): “A classe média, assustada pelas pancadarias, não entendia mais o governo que ajudara a entronizar”.

O governo seguia desmentindo as críticas vindas do exterior de que no país a tortura era política de Estado, ignorando a comunidade internacional⁵¹. Contudo, a mobilização

⁴⁸ Cinco anos depois, ao transmitir o posto ao general João Baptista Figueiredo, entregaria ao sucessor um regime ainda não democrático, mas onde a repressão política era menos acentuada. Estaria abolido o AI-5, a liberdade de imprensa vinha sendo devolvida aos poucos, as propostas de anistia eram debatidas abertamente e Golbery do Couto e Silva, que voltou então à primeira cena na vida política nacional, preparava uma proposta de reforma partidária extinguindo o bipartidarismo forçado (BRASIL, 2007, p. 27).

⁴⁹ Nas palavras de Gaspari (2002b, p. 194): “A sociedade poderia não estar interessada em sustentar a ditadura militar, mas interessava-se muito menos pela chegada à ditadura do proletariado ou de qualquer grupo político ou social que se auto-intitulasse sua vanguarda. A natureza intrinsecamente revolucionária das organizações armadas retirou-lhes o apoio, ainda que ténue, do grosso das forças que se opunham ao regime. Elas viam na estrutura da Igreja católica e na militância oposicionista de civis como Tancredo Neves e Ulysses Guimarães um estorvo no caminho da revolução. Eles, por seu lado, viam na luta armada um estorvo para a redemocratização”.

⁵⁰ Glenda Mezarobba cita, entre outros exemplos, que em 28 de fevereiro de 1970, o jornal *Washington Post* publicou o editorial “Opressão no Brasil”. No dia 08 do mês seguinte, seria a vez da academia norte-americana denunciar a existência de tortura no país, em carta enviada ao *The New York Times*. Pouco tempo depois começaria a circular nas redações dos jornais americanos *Terror in Brazil, a dossier* (2003, p. 14).

⁵¹ A OEA, por intermédio de sua Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pediria autorização ao governo para investigar indícios de tortura no país, mas essa permissão foi negada pelas autoridades brasileiras. Em 1972, depois de tentar várias vezes obter autorização do governo brasileiro para também conferir *in loco* as denúncias que recebia, a Anistia Internacional (que só viria a se instalar no Brasil em 1985) publicou, em Londres, o *Report on Allegations of Torture in Brasil*, em que relacionava 1081 vítimas de tortura e os nomes de 472 torturadores (MEZAROBBA, 2003, p. 15)

da sociedade civil pela anistia começava a adquirir um caráter mais amplo. “Durante o regime militar brasileiro o esforço em prol da anistia esteve sempre associado à luta pela retomada da democracia, pela volta da democracia e pelo reconhecimento e respeito aos direitos humanos”⁵² (MEZAROBBA, 2003, p. 15).

No dia 27 de junho de 1979, o então Presidente João Figueiredo assinou o projeto de anistia que logo em seguida enviaria ao Congresso Nacional⁵³. A lei de anistia fundamentava-se no art. 57, inciso VI combinado com o §2º do art. 51 da Constituição Federal de 1969.

Na anistia brasileira encontrava-se ausente o elemento da legitimidade nacional, entendida esta como a representação da vontade popular em um governo eleito pelos seus próprios cidadãos, porquanto o projeto foi apresentado por um governo militar, no qual as eleições para a presidência da República eram indiretas e o Congresso Nacional era composto também por senadores “biônicos”⁵⁴.

Quanto ao escopo da lei, no texto inicialmente proposto pelo governo militar, havia a previsão no art. 1º sobre a concessão de anistia a todos que, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 31 de dezembro de 1978, tivessem cometido: (a) crimes políticos ou conexos a estes, cujos direitos políticos haviam sido suspensos, (b) aos servidores da administração pública direta e indireta, de fundações vinculadas ao poder público, (c) aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário e (d) aos militares, dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e complementares.

Ficaram de fora dos benefícios da anistia, segundo o §2º do art. 1º, aqueles que já haviam sido condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado

⁵² Foi em defesa desses direitos que o jurista Goffredo Telles Júnior, em agosto de 1977, leu sua “Carta aos Brasileiros”, no pátio da Faculdade de Direito, no Largo São Francisco, em São Paulo. Este mesmo ano seria marcado pela ocorrência de manifestações estudantis em prol da anistia, com os “Dias Nacionais de Protesto e Luta pela Anistia”, que protestava contra as prisões e a tortura de presos políticos.

⁵³ De acordo com jornais da época, Figueiredo estava exultante e chegou a chorar. Ao abraçar o irmão, o teatrólogo Guilherme Figueiredo, declarou: “Eu não disse que fazia? Eu não disse que fazia? E vou fazer mais!” Referia-se a um indulto posterior, que deveria beneficiar os que ficariam de fora da Lei de Anistia, ou seja, os condenados pela prática de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal (MEZAROBBA, 2003, p. 28).

⁵⁴ Pode-se verificar a falta de legitimidade do projeto de lei de anistia brasileira, por não atender os anseios do povo, a partir do momento em que as emendas começaram a ser apresentadas. Foram oferecidas no total 305 emendas de 134 parlamentares (26 senadores e 108 deputados). Entre as variadas propostas de alterações encontravam-se: (i) a exclusão dos benefícios da anistia, por serem crimes comuns os atos de sevícia ou de tortura; (ii) a inclusão no rol de anistiados os indivíduos que já haviam sido condenados pela prática de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal; (iii) a retirada do benefício da graça àqueles que tivessem ordenado, ou realizado, prisões sem observar as formalidades legais ou de forma abusiva.

pessoal que se constituíam em crimes políticos de resistência ao regime estabelecido⁵⁵. A exclusão dos condenados causou polêmica na análise do projeto diante do Congresso Nacional, tanto que o Senador Teotônio Vilela (apud MEZAROBBA, 2003, p. 32), eleito presidente da comissão mista para analisar o projeto do governo, criticou essa posição:

O projeto não exclui os que o regime entende responsáveis pelo terror. Beneficiou alguns para deixar de fora os condenados formalmente. Dois acusados pelo mesmo fato terão tratamento diametralmente oposto. O condenado seguirá na prisão. O que ainda não foi sentenciado recuperará os seus direitos e não responderá pelos atos praticados. Não há argumento lógico, nem princípio ético que justifique tão odiosa desigualdade.

Por outro lado, a concessão da anistia àqueles que tivessem ordenado, ou realizado, prisões sem observar as formalidades legais ou de forma abusiva, causou preocupação com a impunidade, pois os violadores de direitos humanos acabariam por se beneficiar da lei⁵⁶. Essa orientação era contrária à defendida pelos parentes dos perseguidos políticos e pelos Comitês de Anistia⁵⁷.

Considerando a legitimidade e o escopo de uma lei de anistia, Lucia Bastos (2009, p. 118) sugere a seguinte classificação para as diversas categorias de anistia no mundo: (1) anistias em branco, (2) anistias localmente legítimas com imunidade parcial, (3) anistias com legitimidade internacional e imunidade parcial e (4) anistias com legitimidade interna e

⁵⁵ “No total, pelos cálculos do Palácio do Planalto, estariam excluídos do projeto 195 condenados, ‘com uma margem de erro de 5% para mais ou para menos’, embora nem mesmo a presidência soubesse quantos já haviam cumprido suas penas e quantos ainda continuavam presos. Pelas contas do STM, 320 pessoas poderiam ficar de fora da Lei de Anistia. [...] Para entender o significado dessa discussão um bom exemplo é o caso da Ação Libertadora Nacional (ALN). Dos quarenta réus considerados culpados no processo referente à organização, 16 condenados que já haviam cumprido ou ainda cumpriam pena não seriam anistiados, mas treze, que haviam sido banidos, e outros onze, que estavam foragidos, teriam direito à anistia, mesmo tendo praticado os chamados ‘crimes de sangue’” (MEZAROBBA, 2003, p. 28-29).

⁵⁶ Houve quem se preocupasse em evitar que os violadores de direitos humanos acabassem por se beneficiar da lei. Foi o caso do senador Humberto Lucena (MDB-PB) e da seção da OAB em São Paulo, que sugeriu a parlamentares emenda nesse sentido. O deputado Pacheco Chaves (MDB-SP) justificou a iniciativa: “O projeto está, cabe ressaltar, eivado de grave contradição: anistiam-se o homicídio, o constrangimento ilegal, em suma a violência cometida em nome do Estado e praticada nos gabinetes de tortura, sob o manto da impunidade garantida pelo regime de exceção, porém, anistiados não são os que, de modo tresloucado, recorreram à violência na luta contra o regime, mas sempre com risco pessoal”. Para ele, ou se excluíam os torturadores, afastando-se o crime conexo do elenco dos anistiados, ou se estendia a anistia a todos, sem restrições, com a supressão do parágrafo 2º do art. 1º.

⁵⁷ Uma das poucas sobreviventes da chamada Guerrilha do Araguaia, Criméia Alice Schmidt de Almeida, aponta as inconsistências daquele projeto: “a isonomia prevista na Constituição era desrespeitada de modo flagrante quando pessoas já condenadas por crimes de opinião eram contempladas, ao passo que se excluíam aquelas com processo ainda em andamento. Além de não anistiar os participantes nas organizações e operações de resistência armada, a proposta deixava brechas para auto-absolvição dos agentes do Estado envolvidos em crimes de tortura, seqüestro, assassinato e ocultação de cadáveres” (BRASIL, 2007, p. 31).

internacional e imunidade parcial⁵⁸. A lei de anistia brasileira enquadra-se na categoria de “anistia em branco”, que seria

o primeiro tipo de lei de anistia que apareceu no sistema internacional moderno, é normalmente concedida por influência dos ditadores que estão se retirando do poder, sem que haja qualquer legitimidade nacional ou internacional. A anistia em branco, como o próprio nome diz, tem um propósito extremamente amplo e busca, genericamente, retirar a responsabilidade de todos os agentes do Estado por todo e qualquer crime que eles tenham cometido durante um período específico. Essa categoria, normalmente, não faz a diferenciação entre os crimes comuns, os crimes políticos e os crimes internacionais e nem ao menos considera os motivos do crime (BASTOS, 2009, p. 118).

Cabe ressaltar que as “anistias em branco” foram traço marcante na América Latina, após graves períodos de convulsões políticas, na segunda metade do século XX. Vejamos a seguir o enquadramento da lei de anistia brasileira (6.683/79) nesta categoria.

1.5.5.1 Crimes políticos e conexos (crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política)⁵⁹

O espectro dos crimes políticos é dos mais difíceis de ser apreendido no direito penal, havendo sempre o risco do arbítrio da função penal se transformar em instrumento de vingança e opressão por parte de um governo contra os seus opositores políticos. Como afirma Francisco de Assis Toledo (1999, p. 147), há sérias dificuldades na conceituação dos denominados crimes políticos, pois os fatos abrangidos por esta categoria de delitos nem sempre se diferenciam, no aspecto exterior, daqueles previstos na legislação penal como crimes comuns (explosão, incêndios, assassinatos etc).

⁵⁸ A partir dessa classificação, a autora analisou as leis de anistia do Chile, Argentina, Peru, El Salvador, Nicarágua, Serra Leoa, Uruguai, África do Sul, Haiti, Bósnia-Herzegovina, Croácia e Brasil.

⁵⁹ Lei nº 6.683/1979: 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 - Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

Aníbal Bruno afirma que dois critérios têm sido propostos: um objetivo, baseado na natureza do bem jurídico ofendido ou ameaçado; outro subjetivo, segundo o motivo determinante da ação punível. Do ponto de vista objetivo, seriam políticos todos os delitos contra a personalidade do Estado, ou seja, é a natureza política do bem jurídico que dá a rubrica especial a essa figura de crime; do ponto de vista subjetivo, os delitos comuns praticados com motivação política estariam abrangidos. Contudo, a tendência em geral passou a reunir no mesmo conceito os dois critérios, ou distinguir crimes objetivamente políticos e crimes subjetivamente políticos (BRUNO, 1967a, p. 225).

Daí a distinção entre delitos políticos puros e relativos (ou próprios ou impróprios), os primeiros ofensivos tão-somente à ordem política (exemplo: propaganda revolucionária ou subversiva – art.22 da Lei n. 7170/83), os últimos possuindo também o caráter de ofensivos aos bens tutelados pela legislação penal ordinária (exemplo: o roubo e o seqüestro, do art. 20 da Lei 7.170, contemplados igualmente nos arts. 157 e 148 do CP (TOLEDO, 1999, p. 147).

A caracterização do delito político próprio exige que tanto a motivação, quanto o bem jurídico tutelado sejam políticos. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 160.841-2/SP, que envolvia o julgamento dos acusados do seqüestro de Abílio dos Santos Diniz, o Min. Celso de Mello assentou:

A natureza política do ilícito há de ser aferida em função não só da motivação e dos objetivos do agente, mas, sobretudo, em face da **concorrente** identificação da existência de lesão real ou potencial a determinados bens jurídicos expressamente definidos pela Lei n. 7.170/83.

A **conjugada** interpretação dos arts. 1º e 2º desse estatuto legal permite asseverar, para a efetiva qualificação de um fato ilícito como crime de natureza política, que não basta – como adverte a doutrina (DAMÁSIO E. DE JESUS, ‘**Novas Questões Criminais**’, p. 17, 1003, Saraiva) – *‘a sua simples prática, exigindo-se dois requisitos, um de ordem subjetiva, concernente aos motivos determinantes do agente (político), e outro de natureza objetiva, referente à lesão efetiva ou potencial derivada da conduta (grifei).*

Dentro dessa perspectiva, mesmo que se evidenciem a motivação e os objetivos políticos, **ainda assim impor-se-á**, para que se concretize a configuração jurídica do delito político, que o comportamento infracional do agente provoque uma situação de ofensa real ou potencial à integridade territorial e à soberania nacional **do Brasil**, ou ao regime representativo e democrático, à Federação e ao Estado de Direito, **tais como prevaletentes em nosso País**, ou, finalmente, à pessoa dos **Chefes dos Poderes da União Federal brasileira.**” (negritos no original) (STF, Recurso Extraordinário n. 160.841-2/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, unânime, D.J. 22.09.1995) .

Os atos dos agentes da repressão política como não visavam atingir o Estado, pelo contrário, tinham como propósito “resguardá-lo” da dissidência política, não se enquadram no conceito de crime político próprio, previsto no *caput* do art. 1º da Lei 6.683/1979.

No âmbito da doutrina nacional, Aloysio Carvalho Filho (1958) e Nilo Batista (1980) repelem a extensão da anistia aos delitos comuns, que deveria ser aplicada exclusivamente aos delitos políticos.

A dúvida, porém, persistia sobre o que se entender como “crimes conexos aos crimes políticos”, pois, de acordo com o entendimento vigente à época, a lei estendia a anistia àqueles que houvessem cometido crimes conexos aos delitos políticos, interpretados como os “crimes de qualquer natureza que estivessem relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política” (§1º do art.1º da Lei 6.683/1979).

O crime com motivação política é o crime político impróprio ou relativo, como leciona, novamente o Min. Celso de Mello, no julgamento do pedido de Extradicação nº 1008, relacionado a um padre colombiano envolvido com ações militares das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC)⁶⁰:

A noção de criminalidade política é ampla. Os autores costumam analisá-la em face de posições doutrinárias que reduzem a teoria do crime político a um dualismo conceitual, que distingue, de um lado, o crime político absoluto ou puro (é o crime político em sentido próprio) e, de outro, o crime político relativo ou misto (é o delito em sentido impróprio). Aquele, traduzindo-se em ações que atingem a personalidade do Estado, ou que buscam alterar-lhe ou afetar-lhe a ordem política e social (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ‘op. cit.’ [Comentários à Constituição Brasileira, 5ª ed., 1984, Saraiva], p. 609; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, ‘Princípios Básicos de Direito Penal’,

⁶⁰ Ressalte-se que neste julgamento o STF entendeu que a concessão de refugiado concedida pelo Ministério da Justiça ao padre prejudicava o julgamento do pedido de extradição da Colômbia. Contudo, esse entendimento poderá ser revisto no julgamento do pedido de extradição do italiano Cesare Battisti. Confira-se a ementa do pedido de Extradicação nº 1008: “*Extradicação: Colômbia: crimes relacionados à participação do extraditando - então sacerdote da Igreja Católica - em ação militar das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). Questão de ordem. Reconhecimento do status de refugiado do extraditando, por decisão do comitê nacional para refugiados - CONARE: pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto do pedido de extradição: aplicação da Lei 9.474/97, art. 33 (Estatuto do Refugiado), cuja constitucionalidade é reconhecida: ausência de violação do princípio constitucional da separação dos poderes. 1. De acordo com o art. 33 da L. 9474/97, o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento. 2. É válida a lei que reserva ao Poder Executivo - a quem incumbe, por atribuição constitucional, a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado - o poder privativo de conceder asilo ou refúgio. 3. A circunstância de o prejuízo do processo advir de ato de um outro Poder - desde que compreendido na esfera de sua competência - não significa invasão da área do Poder Judiciário. 4. Pedido de extradição não conhecido, extinto o processo, sem julgamento do mérito e determinada a soltura do extraditando. 5. Caso em que de qualquer sorte, incidiria a proibição constitucional da extradição por crime político, na qual se compreende a prática de eventuais crimes contra a pessoa ou contra o patrimônio no contexto de um fato de rebelião de motivação política (Ext. 493)”.*

p.135, item n. 119, 3ª Ed., 1987, Saraiva, ‘inter plures’); este – o crime político em sentido impróprio – embora exprimindo uma concreta motivação político-social de seu agente, projeta-se em comportamentos geradores de uma lesão jurídica de índole comum. (STF, Extradicação n. 1.008/República da Colômbia, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, maioria, D.J., 17.08.2007) .

Assim, no crime político impróprio existe a motivação política e, embora a lesão jurídica seja de índole comum, há de haver um dano potencial ou abstrato ao Estado. Dessa forma, os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão do Estado na ditadura militar (estupro, tortura, assassinato etc), ainda que se entendesse que foram praticados por motivação política, não são considerados crimes políticos impróprios ou relativos, pois não atentavam contra o bem jurídico Estado, mas justamente visavam “protegê-lo”.

Cumpra, então, saber quais crimes conexos aos crimes políticos foram anistiados. Como anota Frederico Marques (1965, p. 273): “A conexão pressupõe um laço ou liame que estabelece a ligação entre as infrações praticadas e as pessoas nelas envolvidas”. Assim, os crimes conexos são entendidos como infrações penais dependentes, de tal maneira que possa existir um nexos entre os crimes, ou seja, que uma das infrações tenha sido cometida com o fim de realizar (ideológica) ou ocultar (consequencial), ou também para assegurar-se a si mesmo ou assegurar a outros o produto, o proveito ou a impunidade do delito, e ainda quando o agente após ter se desvencilhado da vítima, golpeia-a por perversidade (ocasional).

Para Frederico Marques (1965, p. 277), porém “as infrações cometidas com o fim direto de procurar os meios de cometer outras, de facilitar, de consumir a execução delas, ou de assegurar a impunidade ou os proventos, estão ligadas à infração principal, que foi a causa intencional de todas elas”.

De acordo com Aloysio de Carvalho Filho (1958, p. 141), a jurisprudência brasileira, anterior à Lei 6.683/1979, já admitiu a anistia a crimes conexos aos políticos, desde que houvesse expressa menção na lei respectiva anistiadora (Supremo Tribunal Federal, H.C. n. 29.797, 10 de setembro de 1947). Porém, a doutrina tem entendido que alguns crimes, apesar de conexos aos crimes políticos anistiados, podem escapar ao benefício, em virtude da sua natureza e gravidade.

Mas em 1916, o Decreto legislativo nº 3.102, anistiando delitos políticos, expressamente excetuava do benefício os crimes contra a propriedade, os de incêndio, e os que se

manifestassem por atos de barbárie, crueldade ou vandalismo, ainda que conexos com crimes políticos ou praticados por ocasião dos movimentos revolucionários anistiados.

Contudo, a seqüência de anistias brasileiras denuncia o predomínio da norma irrestrita. “A ressalva da lei de 1916 não criara precedente. Assim, as anistias de 1930, de 1934 e de 1945, dispunham inequivocamente, sobre a extensão aos *delitos conexos* “(CARVALHO FILHO, 1958, p. 142-143).

Por essas oscilações, Aloysio Carvalho (1958, p. 143) afirmava que não era prudente fixar, em abstrato, a existência de conexão de crimes comuns cometidos ao explodir ou durante um movimento armado, de finalidade política. Melhor do que o critério das circunstâncias objetivas do crime, estabelecido no Decreto legislativo nº 3.102 de 1916, seria o exame, em cada caso concreto, da relação de dependência entre um fato e outro, atendendo-se, em particular, a finalidade política que os ligava, subjetivamente, isto é, a intenção política dos agentes.

A extensão do benefício aos crimes conexos na lei de anistia de 1979, que tornavam impunes total e previamente os crimes praticados pelos agentes do Estado, recebeu a crítica de Hélio Bicudo (2000, p.86):

Uma pergunta que sempre me fiz diante da Lei de Anistia refere-se ao entendimento de que se trata de uma lei que contempla, ao mesmo tempo, as vítimas do poder e seus algozes. O entendimento da chamada lei de duas vias sedimentou-se durante os últimos anos de regime militar e nada tem a ver com o que se possa entender válido em hermenêutica jurídica. A lei em questão especifica claramente aqueles que se beneficiam de seus termos e ali não se faz menção, em nenhum momento, àqueles que, em nome do regime militar, torturaram e mataram.

Para o jurista, não poderia haver conexidade de crimes que atingem bens jurídicos diversos, pois, não se poderia encontrar equivalência de causas ou motivações entre o ato daquele que afronta o sistema político prevalente e o daquele que o reprime: um quer mudanças e atua em consequência; o outro quer manter o *status quo*. Nos crimes conexos, um crime é pressuposto do outro, de maneira que se não houver unidade delitiva, que é o

fundamento do instituto, não existe crimes conexos, mas crimes independentes, porque seguem caminhos diferentes e perseguem objetivos que não se confundem⁶¹.

Sob o aspecto da causalidade, o jurista também conclui pela impossibilidade de considerar-se conexos com os crimes anistiados os delitos praticados pelos agentes do Estado nas diligências policiais destinadas a coibir os crimes que a anistia considerou impuníveis ou inexistentes. Assim, para Hélio Bicudo (2005, p. 92):

É causa a totalidade dos elementos indispensáveis para verificar-se o efeito, mas é preciso distinguir a causa das meras condições. Destarte, os delitos anistiados constituíram-se não em causas, mas em meras condições para que agentes do Estado, fosse quais fossem, impusessem, aos sujeitos abrangidos pela lei de anistia, os tratamentos cruéis e degradantes a que foram submetidos. Então, não há entre uns e outros a pretendida conexidade, que decorre de um nexos causal entre as ações praticadas por uma ou mais pessoas, objetivando o mesmo fim.

Muito embora a conexão seja um instituto de direito processual, que diante de certas circunstâncias (ideológica, conseqüencial ou ocasional), aconselha a reunião de processos, influenciando na competência jurisdicional, o conceito de crime conexo ao crime político, buscado na interpretação da lei de anistia de 1979, é um conceito de direito material, relacionado com a própria natureza do crime.

Os crimes conexos aos crimes políticos devem ser entendidos como aqueles que só atingem bens jurídicos comuns e que estão em uma relação de meio e fim para com os propósitos dos crimes políticos puros. Em outras palavras, são os crimes de qualquer natureza materialmente conexos aos delitos políticos puros e praticados com motivação política.

Não havendo a finalidade da motivação política, não se poderia estender o benefício da anistia aos agentes do Estado que atuaram na repressão militar praticando a tortura e assassinato, porque esses delitos não seriam decorrência lógica da motivação política que levava os movimentos armados às táticas de guerrilhas urbana e rural.

Somente foram anistiados, além dos crimes políticos e eleitorais, os crimes de qualquer natureza praticados com motivação política (crimes políticos impróprios) conexos aos

⁶¹ Se Tício comete um homicídio e ao ser detido pela polícia, é, em seguida, morto por um de seus agentes, trata-se de dois crimes absolutamente independentes um do outro. Não se pode considerar o segundo conexo ao primeiro (BICUDO, 2005, p. 90).

crimes políticos (puros ou próprios). A interpretação de que a lei de 1979 anistiou os agentes da repressão não subsiste aos mais elementares princípios de hermenêutica jurídica.

Reconhece-se, contudo, que a questão é altamente polêmica⁶² e agora está judicializada perante o Supremo Tribunal Federal, por meio do ajuizamento pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153), subscritas por Fábio Konder Comparato e Maurício Gentil Monteiro, considerando a séria controvérsia constitucional sobre lei federal anterior à Constituição, tendo como ato do poder público objeto da arguição o § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/1979.

Na segunda parte dessa dissertação, voltaremos a tratar da lei de anistia brasileira, mas sob o enfoque do direito penal internacional, como óbice à persecução penal dos perpetradores, e do direito internacional dos direitos humanos, como violação da Convenção Americana de Direitos Humanos, a ensejar a responsabilidade internacional do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A seguir, analisaremos a anistia aos agentes estatais sob a alegação do argumento do mal menor.

1.5.5.2 O argumento do mal menor para a transição pacífica

Muitos Estados, incluindo o Brasil⁶³, justificaram a concessão de anistias ao término de um conflito armado ou alteração de um regime como o preço a ser pago pelo fim de uma guerra ou para a saída de cena de um governo caracterizado pela violação maciça dos direitos humanos no passado, com a finalidade de se alcançar a estabilidade social e a paz⁶⁴.

⁶² Não há consenso entre líderes do governo sobre o alcance da Lei de Anistia. O chefe da Advocacia Geral da União, José Toffoli, e o Ministro da Defesa, Nelson Jobim, mostram-se contrários à tese que possibilitaria a persecução de crimes de tortura. Em contrapartida, o Ministro da Justiça, Tarso Genro, e o Chefe da Secretaria Especial de Direitos Humanos, Paulo Vannuchi, posicionam-se favoravelmente à essa interpretação. A discussão atingiu tal ponto que o Presidente Lula pediu que os ministros não se manifestassem publicamente, deixando a questão nas mãos do Supremo Tribunal Federal.

⁶³ Em sua mensagem que tratava da Lei de Anistia de 1979, o ex-Presidente João Baptista Figueiredo afirmou que se tratava de um momento “propício à pacificação” e que a anistia requisitava, para cumprir a sua função política, de um “desarmamento dos espíritos pela convicção da indispensabilidade da coexistência democrática”.

⁶⁴ Em 1995, num artigo publicado na Folha de São Paulo, Fábio Konder Comparato questionou o suposto espírito pacificador do governo: “É politicamente indefensável, com efeito, pretender que os que governavam acima das leis, sob a vigência do chamado Ato Institucional nº 5, possam legitimamente obter de um legislador submisso a anistia para os crimes que cometeram no exercício de suas funções. Que democracia é essa que se inaugura no achincalhe? A pretensa “pacificação dos espíritos”, de resto, foi sempre uma farsa grosseira, pois à época da anistia não havia o menor vislumbre

Essa saída é apresentada pelos governos autoritários para se evitar a perpetuação das violações dos direitos humanos, com a continuidade da subversão do Estado de Direito, mediante o uso da força, caso não seja concedida a anistia. Faz-se, então, essa barganha não com as vítimas passadas e a punição dos perpetradores, mas, sim, entre as vítimas do passado e as potenciais vítimas do futuro.

A tese de que a concessão de uma lei de anistia que impeça a responsabilização penal dos perpetradores de crimes no passado é mais conveniente do que suportar um período de conflito e de transição violenta se aproxima da “teoria do mal menor”, segundo a qual, diante de dois males, é nosso dever optar pelo menor, sendo irresponsável nos recusarmos a escolher. Assim, no caso da anistia, entre o esquecimento dos crimes do passado e uma transição violenta, a teoria do mal menor conduziria à eleição do primeiro.

A fraqueza desse argumento é denunciada por Hannah Arendt, ao lembrar “que aqueles que escolhem o mal menor esquecem muito rapidamente que escolhem o mal” (2004a, p. 99), correndo-se o risco de cair no esquecimento que se praticou um mal, ainda que de pequena proporção. De acordo com a autora:

[...] se olharmos para as técnicas do governo totalitário, é óbvio que o argumento do “mal menor”[...] é um dos mecanismos embutidos na maquinaria de terror e criminalidade. A aceitação de males menores é conscientemente usada para condicionar os funcionários do governo, bem como a população em geral, a aceitar o mal em si mesmo. Para dar apenas um dentre muitos exemplos: a exterminação dos judeus foi precedida por uma seqüência muito gradual de medidas antijudaicas, cada uma das quais foi aceita com o argumento de que a recusa a cooperar pioraria ainda mais a situação – até que se atingiu um estágio em que nada pior poderia possivelmente ter acontecido (ARENDR, 2004a, p.99).

Não é possível estabelecer uma nítida relação de causa e efeito entre anistias, estabilidade social e Estado de Direito. Tomando como exemplos países como Chile e Argentina, em que inicialmente houve uma restrição da punição individual dos responsáveis para facilitar uma transição pacífica, torna-se difícil se aquilatar se tais proteções aos perpetradores foram realmente necessárias para favorecer a transição para a democracia em cada caso, ou se a democratização ocorreria de qualquer forma, mas com um grau maior de violência. Nestes

de oposição armada ao regime. Tudo se passou como se um ditador corrupto qualquer, desejando abandonar o poder sem riscos, negociasse com o sucessor uma pré-anistia para os seus desmandos” (COMPARATO, 2000, p.77-78).

países as tentativas de se evitar a responsabilização em nome da estabilidade social falharam⁶⁵.

De fato, a maneira como os acontecimentos vêm se sucedendo em vários países da América Latina, os inúmeros julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e mais recentemente a intensa discussão nos meios jurídicos no Brasil acerca do real alcance da lei de anistia brasileira, demonstram que muitas pessoas não se esqueceram de que, no passado, foram tomadas muitas atitudes com base no argumento do mal menor.

Por outro lado, há indícios de que o mal menor tornou-se para a sociedade brasileira um mal muito maior, conforme estudos das pesquisadoras Kathryn Sikkink e Carrie Walling (2007), que analisaram cem países que passaram pela transição de regimes autoritários para democráticos e concluíram que os países que julgaram crimes cometidos contra os direitos humanos tiveram uma redução significativa nos índices de violência dos agentes de segurança hoje. Nas palavras das pesquisadoras americanas:

É claro que julgamentos não são a única maneira de se construir um Estado de Direito, mas os casos da América Latina, onde o Estado de Direito tem se fortalecido ao mesmo tempo em que, na maioria dos países, os julgamentos são realizados, ilustram que é irracional considerar os julgamentos de direitos humanos e a construção do Estado de Direito como dois diferentes estágios ou um processo mutuamente contraditório⁶⁶ (SIKKINK; WALLING, 2007, p. 441-442, tradução nossa).

Destarte, não se pode desconsiderar que uma interpretação que afirme que a tortura ultrapassa o âmbito material da lei de anistia, possibilitando julgamentos dos perpetradores, seja benéfico para a ordem social e para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito no país.

⁶⁵ Como adverte Lúcia Bastos (2009, p.104-105): “O que parece evidente é que o argumento de que as anistias asseguram uma transição pacífica foi limitado a um período particular da história, pois anistias que foram criadas para valerem perpetuamente têm sido desconsideradas diante da pressão nacional e internacional em prol da responsabilização. Assim, a utilidade da anistia para motivar regimes autoritários a deixarem o poder tem diminuído. Mesmo que se aceite a hipótese de que tais anistias foram necessárias para facilitar antigas transições e que a impunidade foi o preço a ser pago para se alcançar uma futura estabilidade, tal como ocorreu em Estados como Brasil, Argentina, Chile, El Salvador e Guatemala, não é certo que sob uma forma prática essa dinâmica irá funcionar no futuro. A realidade parece ser de que as sociedades somente irão tolerar tal impunidade por um período limitado de tempo, e que, eventualmente, aqueles que perpetraram graves violações dos direitos humanos no passado serão responsabilizados tanto na figura dos Estados quanto na de seus agentes”.

⁶⁶ “Of course, human rights trials are not the only means of building the rule of law, but the Latin American cases, where rule of law has been strengthened at the same time that human rights trials have been carried out in most transitional countries, illustrate that it is unreasonable to portray human rights trials and construction of the rule of law as two different stages or mutually contradictory processes”.

1.5.5.3 As medidas da justiça de transição (in)aplicadas no Brasil

Tomando em consideração a estrutura dos mecanismos da justiça de transição: (i) perseguição dos perpetradores, (ii) revelação da verdade sobre o passado para as vítimas, seus familiares e a sociedade, (iii) o estabelecimento de políticas de reparação adequadas, e (iv) reforma de instituições que tem uma história de abusos, com o afastamento de criminosos dos órgãos relacionados ao exercício da lei, pode-se dizer que até o momento o Estado brasileiro tem se desincumbido apenas no tocante à reparação pecuniária das vítimas e familiares e muito pouco no que toca à revelação da verdade.

O baixo engajamento do Estado brasileiro com os postulados da justiça de transição está relacionado com a forma institucional que se desenvolveu a repressão política por aqui. Como visto, no Brasil, o gradualismo e a judicialização “normalizou” a repressão, criando uma barreira para os esforços de reforma após o fim do regime autoritário.

A variação da forma institucional da repressão autoritária vai influenciar em amplitude e intensidade as resistências aos desafios de mudanças com a restauração da democracia, repercutindo de maneira significativa as tentativas do novo governo de engajar-se na justiça de transição:

[...] esta variação pode ser explicada principalmente pelos diferentes graus de integração e consenso entre as elites judiciárias e militares anteriores àqueles regimes, assim como a interação entre o sistema legal, os advogados de defesa e os grupos da sociedade civil. [...] este tipo de integração e consenso foi elevado no Brasil e baixo na Argentina, com o Chile ocupando uma posição intermediária. (PEREIRA, 2005, p. 9-10, tradução nossa)⁶⁷

Para Anthony Pereira:

No Brasil, o resultado foi desoladoramente minimalista: nenhuma comissão da verdade e nenhum julgamento.[...] Na Argentina, tanto o judiciário quanto os militares foram expurgados [...]. No Chile, em grande medida as forças armadas permaneceram sem reformas e isoladas ao lado de um judiciário que gradual, contínua e significativamente vai se transformando. E no Brasil, as conservadoras instituições do judiciário e das forças armadas permaneceram em

⁶⁷ “[...] *the variation can be explained primarily by the differing degrees of integration and consensus between judicial and military elites prior to those regimes, as well as the interaction between the legal system, defense lawyers, and civil society groups. [...] this kind of integration and consensus was highest in Brazil and lowest in Argentine, with Chile occupying a middle position*”.

grande medida sem reformas, apesar da democratização (PEREIRA, 2005, p. 160-161, tradução nossa).⁶⁸

O problema é que muito do autoritarismo legal daquela época se perpetuou com a redemocratização, em grande parte porque o regime militar contou com a participação de parcelas do *establishment* jurídico que continuou legitimando-o na democracia. Por exemplo, “algumas leis⁶⁹ em que se basearam os julgamentos políticos daquela época e as instituições que acusaram e julgaram os acusados políticos ainda existem” (PEREIRA, 2005, p. 08, tradução nossa⁷⁰).

Diferentemente de Argentina, Chile e Uruguai, que após o fim dos regimes autoritários, modificaram seus códigos penais militares, o Brasil segue com o Código Penal Militar de 1969, época do ápice do regime autoritário. A Argentina vai mais além, pois em 2009 transferiu para a Justiça Comum o julgamento de crimes militares. Para o cientista político Jorge Zaverucha, no Brasil há um “enclave autoritário politicamente aceito pela elite política, pois convém aos civis manterem as alianças com os militares” (FLOR, 2009a, p. A11).

Mas retornando aos mecanismos da justiça de transição, a publicação do livro *Direito à Memória e à Verdade* (BRASIL, 2007) é um pequeno avanço no sentido da revelação da verdade, permitindo identificar, ao menos parcialmente, algumas datas e nomes das pessoas mortas sob a responsabilidade das Forças Armadas, trazendo relatos importantes, mas quase sempre não elucidativos das circunstâncias em que praticados os ilícitos.

Contudo, quase trinta anos após a lei de anistia de 1979 ainda impera o silêncio e impede-se o acesso aos arquivos, mantendo-se o segredo quanto aos fatos relacionados à

⁶⁸ “ *In Brazil, the outcome was starkly minimalist: no truth commission, and no trial. [...] In Argentina, both de judiciary and military were purged [...]. In Chile, a largely unreconstructed and insulated military endured alongside a judiciary undergoing a gradual, continuous, and significant transformation. And in Brazil, conservative judicial and military organizations remained largely unreformed despite democracy*”

⁶⁹ Recentemente o Ministério Público Federal em Carazinho/RS ofereceu denúncia contra oito integrantes do MST – Movimento Sem-Terra, pelo cometimento de crimes contra a segurança nacional, capitulados na Lei nº 7.170/83, em virtude da prática, dentre outras condutas, de “depredação e explosão por inconformismo político” e “propaganda da luta entre as classes sociais” na fazenda Coqueiros, área reivindicada para reforma agrária pelo MST em Coqueiros do Sul (RS). Os acusados impetraram *habeas corpus* para tentar trancar a ação penal, mas o Tribunal Regional Federal da 4ª Região denegou a ordem (TRF4, Habeas Corpus, nº 2008.04.00.026996-6/RS, Rel. Juiz Federal Marcos Roberto Araújo dos Santos, v. unânime, D.E. 28/08/2008). Os impetrantes interpuseram recurso ordinário que foi admitido na origem.

⁷⁰ “*Some of the laws on wich the trials were based – and the institutions that prosecuted and tried political defendants – still exist*”.

repressão política, muitas vezes até destruindo-se os arquivos do período⁷¹ ou afirmando que os mesmos já foram destruídos⁷².

A atual lei que regula o direito de acesso aos documentos públicos 11.111/05, regulamentada pelo Decreto 5.301/04, remeteu ao Presidente da República a competência para instituir no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a *Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas*, que teria por atribuição decidir pela manutenção do sigilo, “*pelo prazo que estipular*”, dos documentos que estiverem esgotando o prazo de 60 anos (30 + 30) de clausura, quando entendesse que o acesso ameaça a soberania, a integridade territorial nacional ou as relações internacionais do País⁷³.

Com efeito, o Estado brasileiro apenas priorizou o pagamento de reparações pecuniárias (Leis 9.140/95 e 10.559/02) às vítimas e seus familiares⁷⁴ e, por força do silêncio que impera sobre o assunto, a sociedade não consegue entender o porquê delas estarem recebendo essa indenização, pois acham que nada aconteceu a elas, fazendo com que se apelidasse essa indenização pagas às vítimas de “bolsa-ditadura”.

No entanto, urge afastar qualquer confusão entre o direito à reparação dos perseguidos políticos, verdadeiro postulado da Constituição da República, e assegurado em todas as democracias ocidentais como princípio basilar do Estado de Direito, com qualquer forma de “bolsa” ou benefício, porquanto não se trata de programa social, previdenciário ou assistencial, mas sim de reparação por dano efetivo e comprovado.

⁷¹ Relembre-se a tentativa de se ocultar a verdade dos fatos com a queima de arquivos da ditadura, no final de 2004, na cidade de Salvador, momento no qual o Congresso, os representantes das famílias das vítimas e governo discutiam a abertura dos documentos secretos.

⁷² A contestação da Advocacia geral da União nos autos da ação civil pública nº 2008.61.00.011414-5 proposta pelo Ministério Público Federal informa a impossibilidade material de atender ao pedido de abertura dos documentos do DOI-CODI/SP, em virtude da inexistência dos mesmos, pois segundo ofício do Comando do Exército “[...] *antes da edição do Decreto nº 2. 134, de 24 de janeiro de 1997, o qual regulamentou a Lei nº 8.159 (Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados), de 8 de janeiro de 1991, ambos instrumentos posteriores ao período dos eventos citados, os documentos classificados como sigilosos podiam ser destruídos pela autoridade que os elaborou ou pela autoridade que detivesse sua custódia. Assim sendo os possíveis documentos referentes aos acontecimentos mencionados no ofício supracitado, bem como os eventuais termos de destruição, foram destruídos, conforme o disposto no Decreto nº 79.099, de 06 de janeiro de 1977, o qual permaneceu em vigor até 24 de janeiro de 1997*” (negrito nosso). Em que pese os decretos citados pelo Comando do Exército, registre-se que o Código Penal, também vigente à época, contém expressamente a definição de extravio, sonegação ou inutilização de documento de livro ou documento público (art. 314).

⁷³ Contra esses atos normativos foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.077, em 2008, pela Procuradoria-Geral da República pedindo a abertura dos arquivos da ditadura.

⁷⁴ A Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, instituída pela Medida Provisória nº 2.151/01, já autuou 60.347 requerimentos administrativos, sendo que 37.270 foram analisados. Destes, foram indeferidos 12.710 e deferidas indenizações a 24.560 famílias por prejuízos relacionados à perseguição política (COMISSÃO DE ANISTIA, 2007).

Certo é que algumas distorções de seu espírito ensejaram a procura de indenizações por pessoas que não tinham direito⁷⁵ ou que maliciosamente tentaram pegar carona no direitos dos outros, causando muita polêmica, perplexidade e desconfiança cívica na sociedade brasileira⁷⁶.

Ademais, há uma tremenda incoerência no valor das reparações pagas, não sendo o montante destinado aos familiares de mortos e desaparecidos políticos o limite máximo concedido, pois as decisões concedendo reparações àqueles que sofreram prejuízo financeiro em decorrência da perseguição política são muito maiores a dos familiares de mortos e desaparecidos políticos.

Ao enfatizar somente o pagamento de reparações às vítimas do regime militar, em detrimento de outras formas de resposta ao legado do arbítrio, como levar à Justiça os perpetradores, por exemplo, o Estado brasileiro sinaliza não apenas seu desinteresse em fazer plena justiça às vítimas, mas seu desprezo pelo Estado de Direito e seu pouco apreço em restaurar o próprio princípio de justiça, tão desacreditado, na comunidade nacional, pois aqui um alto grau de ilegalidade permeia as relações entre o Estado e seus cidadãos e que a exclusão parece ser a regra (MEZAROBBA, 2007b, p.363).

Não é por outra razão que o debate sobre a punição dos torturadores da ditadura militar brasileira interessa muito mais à camada mais pobre da população, submetida que está ao risco de tortura e execução sumária pelos agentes do Estado, sobretudo em locais onde há políticas de extermínio. Para a Deisy Ventura (2008):

O silêncio sobre este assunto é uma das maiores lacunas da democracia brasileira, a tal ponto que, atualmente, a maioria da população considera natural o emprego da violência e o abuso de poder dos agentes do Estado, desde que seus alvos sejam cidadãos pobres, particularmente os jovens e os negros. A existência de políticas de extermínio - que, malgrado sua ilegalidade, são implementadas pelo próprio Poder Público ou beneficiadas por sua indulgência -

⁷⁵ Trabalhadores da iniciativa privada ou do serviço público, que participaram de greve nos anos 80 e acabaram demitidos, mas não por razões políticas.

⁷⁶ Vale lembrar da indenização concedida em 2004 ao renomado escritor Carlos Heitor Cony, com então 78 anos, no valor de R\$19.000,00 mensais (valor do teto do funcionalismo público à época), mais 1,4 milhão de reais em atrasados. A concedida em junho de 2007 à Carlos Lamarca, com promoção póstuma a coronel e indenização a seus familiares, que está sendo questionada na Justiça Federal do Rio de Janeiro. Em 4 de abril de 2008 as indenizações concedidas aos cartunistas Ziraldo e Jaguar, do periódico *Pasquim*, entre outras. Está previsto para julgamento em 2009, o pedido de anistia de José Anselmo dos Santos, o “cabo Anselmo”, tido como agente infiltrado dos serviços de informações, cuja atuação teria levado à tortura e morte vários militantes da luta armada e vivendo sob identidade falsa, segundo divulgou a imprensa, com as feições alteradas por cirurgia plástica. Em 2004, aos 64 anos o ex-líder da Associação de Cabos e Marinheiros decidiu encaminhar seu requerimento a Brasília, via Sedex, postado em Guarulhos (SP), não tendo anexados documentos, somente cópias de suas impressões digitais, para serem confirmadas no prontuário da Marinha. Sobre os julgamentos dos casos emblemáticos na Comissão de Anistia ver: MEZAROBBA, Glenda. *O Preço do Esquecimento: as Reparções Pagas às Vítimas do Regime Militar*. São Paulo: Doutorado em Ciência Política/USP, 2007b, p. 153-166.

deve-se, entre outros fatores, à impunidade dos torturadores e assassinos que forjaram uma nefasta cultura de segurança pública em nosso país⁷⁷.

No extremo oposto, o Estado brasileiro mostra sua incapacidade de dar respostas à criminalidade daqueles que ocupam uma posição extremamente privilegiada na sociedade, pois os ricos e poderosos ou aqueles agindo em nome deles se vêem como seres acima da lei e imunes às obrigações correlatas aos direitos das demais pessoas. Nas palavras de Lenio Streck (2008):

Talvez inconscientemente estejamos sendo reféns desse “olhar generoso” que fizemos com a Lei da Anistia, permitindo isso que chamo de interpretação tábula rasa. Por que reféns? Porque não estamos conseguindo punir os crimes que colocam em xeque os objetivos da República. É visível que não estamos “querendo” usar o direito penal para “jogar duro” com a delinquência “asséptica” (colarinho branco etc.).

Seguindo alheio aos avanços indicados pela legislação internacional, o Brasil demonstra pouco interesse em promover a reconciliação das forças antagônicas do país, objetivo maior da justiça de transição, porquanto a única maneira de se ter uma reconciliação verdadeira é através dos mecanismos de justiça, verdade e reparação, sendo que a reconciliação não pode ser imposta por decreto. Em outros países da América Latina, tais como Argentina⁷⁸, Chile⁷⁹

⁷⁷ “Não é possível pensar a violência da ditadura, sem assumirmos o compromisso de responder aos atos de violência e tortura dos dias atuais. E também o contrário: não eliminaremos as *balas perdidas* se não apurarmos a verdade dos *anos de chumbo* e, assim, ultrapassarmos certa cultura da impunidade. Afinal, a *bala perdida* é, como o silêncio, o ato sem assinatura, pelo qual ninguém se responsabiliza” (TELES, 2007, p. 139).

⁷⁸ Na Argentina, com o objetivo de apurar as violações aos direitos humanos criou-se, em 1983, a *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*. Os ditadores foram julgados e condenados. Contudo, em função das revoltas militares e com total desprezo pelas apurações desta comissão, acabaram sendo promulgadas, no governo de Raúl Alfonsín (1983-1989), as leis do *Punto final* (1986) e da *Obediencia debida* (1987), com o intuito de apaziguar os ânimos exaltados entre os militares, que na época já haviam provocado levantes nos quartéis contra as investigações acerca do regime militar. A impunidade prosseguiu e foi confirmada no governo seguinte, o de Carlos Menem (1989-1999), ao indultar os líderes das juntas militares. Em junho de 2005, a Suprema Corte de Justiça argentina revogou as leis de impunidade do governo Alfonsín, iniciando um processo político e jurídico de responsabilização dos criminosos da ditadura. Hoje, vários militares estão encarcerados e outros tantos são procurados por seus crimes. A Corte Suprema argentina entendeu que os tribunais do país deveriam tomar as decisões da Corte Interamericana como paradigma interpretativo, tomando como base a sentença do caso Barrios Altos.

⁷⁹ No Chile, os militares se auto-concederam anistia, ainda em 1978, procurando legalizar o regime, muito antes de se pensar em transições ou rupturas. Leis de indulto foram decretadas pelo governo da *Conciliación*, em 1989; e, em 1990, com a volta dos civis ao poder, foi criada a *Comisión Verdad y Reconciliación*, que objetivou estabelecer um quadro das desapareções e mortes, inclusive sobre suas localizações e recomendar reparações e indenizações às vítimas ou às suas famílias. No início da atual década, líderes do regime militar passaram a ser processados e condenados pelas violações aos direitos humanos, tendo como momento maior a prisão domiciliar, do ditador Augusto Pinochet – ainda que tal detenção tenha ocorrido por crimes fiscais contra o Estado. Em novembro de 2003, o presidente Ricardo Lagos assinou o decreto de criação da *Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*. Presidida pelo bispo de Santiago, Sérgio Valech, os trabalhos da Comissão geraram a abertura de vários processos contra militares, especialmente os de julgamento dos crimes de desaparecimento – crime em aberto –, e concessão de indenizações às vítimas. Destaca-se a importância do Relatório nº 36/96 da Comissão Interamericana, relacionado ao caso 10.843 contra o Chile, datado de 15 de outubro de 1996, para esse avanço.

e Uruguai⁸⁰ houve avanços nos últimos anos em relação à investigação e punição dos perpetradores:

O Chile passa por processos similares aos da Argentina, com características próprias de sua dinâmica política e social. Embora na retaguarda, o Uruguai começa a repensar algumas questões relacionadas com os direitos das vítimas e a tomar medidas nesse sentido. Em ritmo distinto, e com a vantagem da experiência internacional a seu favor, o Peru conseguiu esquadriñar por completo o que sucedeu no país nos últimos anos e está concluindo investigações para responsabilizar os culpados (GUEMBÉ, 2005, p. 137).

O Brasil é o único país do Cone Sul que não deu passos concretos na responsabilização pessoal dos envolvidos em seu período ditatorial, mesmo tendo oficializado, com a Lei nº 9.140/95, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e pelos desaparecimentos denunciados. Ademais, como já mencionado, até mesmo ações de naturezas não penais, inseridas no contexto do “direito à verdade”, vêm sendo inviabilizadas por conta da lei de anistia brasileira.

O Estado brasileiro, além de não responsabilizar os seus perpetradores, por pouco não inviabilizou a responsabilização de perpetradores de outros países. Com efeito, no julgamento de um pedido de extradição formulado pela Argentina de um major do Exército uruguaio envolvido com a prática de desaparecimento forçado, através da Operação Condor, na Argentina, no ano de 1976 (nº 974), o STF, por maioria deferiu parcialmente o pedido, vencidos os Ministros Marco Aurélio e o falecido Menezes de Direito, julgando prejudicado o pedido de Extradição do Uruguai (nº 1.079). O relator do caso, Min. Marco Aurélio, votou pelo indeferimento do pedido de extradição, sob a alegação de que o crime de desaparecimento forçado, previsto em Convenção internacional, não havia sido integrado no ordenamento interno, diante da não conclusão do processo legislativo de sua ratificação⁸¹. Prevaleceu o entendimento

⁸⁰ Os uruguaios farão um plebiscito, em 25 de outubro de 2009, juntamente com as eleições presidenciais, para decidir se a Lei de Caducidade Punitiva do Estado, que anistiou os militares que realizaram seqüestros, torturas e assassinatos de civis durante a ditadura militar no país (1973-85), deve ser revogada. Disponível em: < <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,uruguai-fara-plebiscito-sobre-anistia-a-militares-dia-25,388097,0.htm>>. Acesso em 17 jul 2009

⁸¹ A Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas foi adotada em 06.09.1994 na cidade de Belém (Pará/Brasil). O Brasil assinou essa Convenção em 06.10.1994, mas até o presente momento ela não foi ratificada pelo governo brasileiro. Segundo o advogado Belisário dos Santos Junior, que já defendeu presos e perseguidos políticos, e hoje é membro da Comissão Internacional de Juristas da Organização das Nações Unidas (ONU), que acompanha o progresso do Direito Internacional e o cumprimento dos Direitos Humanos ao redor do planeta o “Brasil se recusa até hoje a ratificar a Convenção Inter-Americana de Desaparição Forçada, porque os militares acham que, se assinarem, eles estarão dando um passo para o fim da impunidade da era militar. E

de que o desaparecimento forçado se equipara a crime de seqüestro, o qual tem natureza permanente, afastando a aplicação da lei de anistia de 1979.

Ocorre que pressões internacionais vêm forçando o país a modificar essa situação. Assim, em 02 de novembro de 2005, o Comitê de Direitos Humanos da ONU (artigo 40 do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos) recomendou ao Brasil que tornasse públicos os documentos relevantes sobre os abusos de direitos humanos, bem como considerasse a responsabilização dos crimes cometidos durante a ditadura militar.

No ano de 2007, no “*Debate Sul-Americano Sobre Verdade E Responsabilidade em crimes contra os direitos humanos*”, organizado pelo Ministério Público Federal em São Paulo, publicou-se a “Carta de São Paulo”, onde se lê:

[...] as transições democráticas no Continente se fizeram respeitando o direito coletivo ao conhecimento público das violações aos direitos humanos, mas o Brasil continua sendo uma penosa exceção; [...] a trajetória brasileira de forjar o esquecimento de fatos históricos para fugir à composição de conflitos pretéritos, além de perpetuar o sofrimento das vítimas, é: a) causa de impunidade; b) uma lesão permanente ao direito à verdade e, conseqüentemente, ao princípio democrático; c) um estímulo à violência, aumentando a criminalidade; d) reveladora da idéia de um Estado não transparente, favorecendo a corrupção; e) uma afirmação da desigualdade social pois demonstra que nem todos são iguais perante a lei; f) prejudicial à credibilidade do Brasil em âmbito internacional;

E deliberou-se, entre outras medidas, perseguir os seguintes objetivos:

[...] a atuação e provocação do sistema de Justiça brasileiro para reverter o quadro de impunidade e esquecimento; [...] a provocação do Poder Executivo para que cesse a interposição de recursos e qualquer tipo de resistência às decisões judiciais das Cortes internas e internacionais que vêm determinando a abertura de arquivos sigilosos; [...] a reiteração das solicitações ao senhor Procurador Geral da República, e aos demais legitimados, para proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal em face das Leis nº 8.159/91 e 11.111/05; [...] a instituição de uma Comissão da Verdade (SÃO PAULO, 2007).

A partir de então, o Ministério Público Federal em São Paulo já ingressou com seis representações penais visando a investigação e persecução penal de perpetradores de graves violações contra os direitos humanos durante o regime de ditadura militar, que serão comentadas no segundo capítulo desse trabalho, bem como duas ações civis públicas visando a responsabilização civil e administrativa de torturadores.

declaradamente por influência militar isso não é posto em votação no Congresso. Não é culpa do Itamarati, que está trabalhando forte na questão da declaração da ONU sobre desapareção forçada” (RONCAGLIA; CRISTO, 2008).

No mês de janeiro de 2009, foi realizado o “V FÓRUM MUNDIAL DE JUÍZES”, na cidade de Belém, em que se adotou o documento intitulado “Carta de Belém”, em que, entre outras medidas:

17. Afirmam a necessidade da interpretação técnico-jurídica da lei de anistia para que se apurem efetivamente os crimes contra a humanidade, perpetrados pelos agentes do estado durante o período da Ditadura Militar.

18. Afirmam a necessidade de que o Ministério Público promova a persecução criminal necessária para a responsabilização dos autores de crimes contra a humanidade praticados durante a Ditadura Militar no Brasil, com a criação de força tarefa para este fim (BELÉM, 2009).

Enquanto no Brasil se discute a possibilidade ou não de se responsabilizar os perpetradores, na Argentina debate-se a melhor maneira de se levar a bom termo os processos envolvendo os perpetradores, considerando fatos violentos e ameaças relacionadas a pessoas vinculadas a essas causas judiciais⁸².

⁸² Até o momento, há 1253 pessoas envolvidas em causas em que se investigam crimes de lesa humanidade, sendo que: 385 estão sendo processados com prisão preventiva decretada, 280 foram denunciados, 192 faleceram, 141 estão sendo processados sem prisão preventiva decretada, 98 extintos sem julgamento de mérito, 33 foram interrogados, 47 estão foragidos, 15 foram sobrestados, 16 declarados incapazes, 44 foram condenados e 2 absolvidos (CELS, 2008, 2009).

CAPÍTULO 2

A CONFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL COM O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 O INDIVÍDUO COMO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL E A QUESTÃO DA SOBERANIA DOS ESTADOS

O direito internacional tradicional por muito tempo só teve como atores exclusivos os Estados soberanos e algumas organizações, sendo que a matéria se vinculava principalmente com a questão das fronteiras e os limites das jurisdições dos Estados. Por sua vez, o papel exercido pelo indivíduo no cenário internacional era muito reduzido, pois a formação do Direito Internacional, fruto da vontade dos Estados, acarretou a exclusão do indivíduo como sujeito de direito do sistema internacional.

Porém, esse contexto foi sendo transformado lentamente, resgatando-se o indivíduo como sujeito de direito internacional na doutrina do século XX. Atualmente, diversos estudos relacionados ao direito internacional colocam o indivíduo no centro da esfera internacional, vinculando a subjetividade internacional dos indivíduos à temática da responsabilidade internacional dos mesmos ao lado da responsabilidade internacional dos Estados.

Com efeito, a temática dos direitos humanos passou a ser uma legítima preocupação internacional com o fim da Segunda Guerra Mundial, ante as atrocidades praticadas em larga escala contra os seres humanos, recebendo o indivíduo maior importância no âmbito do direito internacional.

A colocação do indivíduo como sujeito do direito internacional, pode ser observada tanto na condição de autor de crimes internacionais, quando intervirá o direito penal internacional, buscando a responsabilidade penal internacional do indivíduo⁸³, quanto na condição de vítima, quando lhe socorrerá o direito internacional dos direitos humanos, que lhe

⁸³ Em sentido contrário, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros (2005, p. 385) sustentam que: “ a definição e a repressão dos crimes internacionais cabe ainda, no momento actual do Direito Internacional, aos Estados, e que as normas de Direito Internacional que as contemplam não se projectam directamente na esfera jurídica dos indivíduos”.

assegura uma série de mecanismos visando a reparação do dano violado, por meio da responsabilização internacional do Estado.

Dessa forma, os acontecimentos ocorridos durante o período de ditadura militar no Brasil, assim como a promulgação da lei de anistia em sua transição para a democracia, devem ser interpretados à luz do direito internacional dos direitos humanos e da regulamentação de suas graves violações pelo seu “braço armado”, o direito internacional penal, os quais trouxeram os indivíduos, sejam vítimas ou perpetradores, para o cerne da discussão do direito internacional.

O direito internacional dos direitos humanos é a base para a análise em de qualquer discussão em torno das violações de direitos humanos, porquanto enumera os direitos e estabelece as suas formas promoção, proteção, garantia e reparação. Por sua vez, o direito internacional penal, que regula os “crimes internacionais”, nos quais se incluem as mais graves violações de direitos humanos, vem sofrendo um desenvolvimento marcante e adquiriu uma consistência inédita desde o início de sua consolidação, no Pós-Segunda Guerra Mundial, com os Tribunais de Tóquio e Nüremberg, quando ocorre a sua afirmação no plano do direito positivo (PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 285-286).

Conforme esclareceu Cançado Trindade, em seu voto-vista, quando compunha a Corte IDH, no “Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala”, sentença de 25 de novembro de 2003:

“14.[...] a responsabilidade internacional do Estado e a responsabilidade penal internacional do indivíduo não se auto-excluem, mas sim se complementam. Isto porque um agente público atua em nome do Estado, e tanto o Estado como seu agente respondem pelos atos ou omissões a ambos imputáveis. Os tribunais internacionais de direitos humanos se atém à responsabilidade internacional do Estado, e os tribunais penais internacionais *ad hoc* (para a ex- Yugoslavia e para Ruanda), - e futuramente o TPI - a dos indivíduos em questão. Nem os primeiros, nem os segundos, abarcam a totalidade da matéria em sua atual etapa de evolução.⁸⁴

No que concerne à questão da soberania estatal, a colocação do indivíduo como sujeito de direito internacional, acaba sendo um desafio para o conceito clássico da soberania westfaliana, porquanto assim como o direito internacional afirma a soberania dos Estados, ele

⁸⁴ “14. En mi entendimiento, la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional del individuo no se autoexcluyen, sino más bien se complementan. Esto porque un agente público actúa en nombre del Estado, y tanto el Estado como su agente responden por los actos u omisiones a ambos imputables. Los tribunales internacionales de derechos humanos se atienen a la responsabilidad internacional del Estado, y los tribunales penales internacionales *ad hoc* (para la ex- Yugoslavia y para Ruanda), - y futuramente el TPI - a la de los individuos en cuestión. Ni los primeros, ni los segundos, abarcan la totalidad de la materia en su actual etapa de evolución”.

também assegura aos direitos humanos uma posição de superioridade às leis internas dos Estados. De fato, a historicidade dos direitos humanos fez com que fossem reconhecidos em documentos internacionais e sua proteção extrapolou os limites físicos dos países (BREGA FILHO, 2002, p. 106).

Sob a ótica do direito internacional dos direitos humanos, a questão da soberania se manifesta quando o Estado viola os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, cuja celebração destes é um exercício inegável da soberania de um Estado, de modo que esta mesma soberania não poderá ser invocada como justificativa para o não cumprimento deste tratado internacional.

Portanto, não é mais cabível, hoje, que um Estado alegue, na defesa de suas condutas violatórias de direitos humanos, que a proteção de direitos humanos faz parte de seu domínio reservado, e que eventual averiguação internacional (mesmo que mínima) da situação *interna* de direitos humanos ofenderia sua soberania.[...] Conforme a lição da Corte Permanente de Justiça Internacional, a elaboração de tratados, em qualquer tema, inclusive na seara de direitos humanos, não pode ser visto como amesquinamento da soberania, mas sim a sua plena manifestação, pois a celebração de um tratado é justamente um dos mais importantes exercícios de soberania por parte do Estado (RAMOS, 2005, p.68-69).

Na perspectiva do direito penal internacional, o problema da relativização da soberania nos dias atuais pode ser atestado em inúmeros acontecimentos dos últimos tempos, tais como a criação dos Tribunais Penais Internacionais “ad hoc” para a ex-Iugoslávia e Ruanda e o problema relativo ao pedido de extradição do General Pinochet, a demonstrarem que o direito de punir já não depende apenas da soberania nacional.

No caso do Brasil, em respeito ao atributo de sua soberania, decidiu-se emitir uma lei de anistia, que acarretou como consequência a impunidade dos agentes do Estado que cometeram inúmeros crimes contra os dissidentes políticos, o que veio a desrespeitar inúmeros tratados de direitos humanos que foram ratificados pelo país. Contudo, há no direito internacional um dever dos Estados de processar crimes desse jaez, muito embora a prática internacional demonstre a dificuldade de implementação dessa missão.

Dessa forma, se no Brasil os agentes da repressão política não são responsabilizados pelos crimes que cometeram, por meio de processos conduzidos pelas autoridades brasileiras, em virtude da concessão da lei de anistia, outros Estados não devem reconhecer seus possíveis efeitos internacionais e podem permitir que se iniciem procedimentos

com relação a esses criminosos, com base no princípio da jurisdição universal penal⁸⁵, como ocorreu recentemente com relação a crimes cometidos durante a ditadura militar brasileira contra cidadãos italianos (RESÍDUOS..., 2007) e espanhóis (ANOS..., 2008).

É certo que os brasileiros natos não podem ser extraditados (art.5º, LI, da CF), mas eles deverão pensar duas vezes antes de deixar o país⁸⁶. Essa regra de proteção que várias constituições modernas dos países de tradição romano-germânica concedem a seus cidadãos contra eventuais acusações e processos no exterior, na opinião de Antonio Cassese (2004, p.5) é um resquício de uma época passada, em que se tentava proteger os nacionais o máximo possível contra qualquer ingerência estrangeira, sendo uma expressão típica da comunidade internacional da Westfália, uma comunidade de Estados soberanos que desconfia uns dos outros, desprovidos de valores universais comuns.

Assim, sob vários ângulos, percebe-se que o conceito clássico de soberania vem sofrendo uma releitura, especialmente em decorrência da normatividade do direito penal internacional, quando analisa a responsabilidade de um indivíduo, ainda que nacional de outro Estado, pelo cometimento de crimes internacionais, e do direito internacional dos direitos humanos, quando averigua a responsabilidade internacional estatal pela violação dos direitos humanos.

2.2 CRIMES INTERNACIONAIS

Os crimes internacionais são infrações às normas internacionais vinculadas à responsabilidade penal individual em contraposição à responsabilidade do Estado, quando seus agentes atuam em seu nome. De acordo com Cláudia Perrone-Moisés (2002, p. 285):

“crimes internacionais” podem ser entendidos como atos que violam a ordem pública internacional através de infrações ao direito internacional. Tradicionalmente, são considerados crimes internacionais a pirataria, a

⁸⁵ Baseado no princípio da jurisdição universal, qualquer Estado está autorizado a julgar pessoas acusadas de terem cometido crimes internacionais, sem levar em conta o local do cometimento do crime ou a nacionalidade do autor ou da vítima. Esse princípio encontra-se previsto, por exemplo, nas Convenções de Genebra sobre Crimes de Guerra de 1949 e na Convenção contra Tortura de 1984.

⁸⁶ Ressalte-se que não haveria referido óbice se se tratasse de pedido de *entrega* feito pelo Tribunal Penal Internacional.

escravidão, o terrorismo, entre outros. A partir do Tribunal de Nüremberg e das normas internacionais por ele criadas, passaram a ser enquadrados nesta categoria as graves violações de direitos humanos ocorridas durante a Segunda Guerra (expropriações, deportações, assassinatos, campos de concentração e extermínio, câmaras de gás), para as quais se criou a categoria “crimes contra a humanidade”.

Os crimes internacionais comportam os seguintes aspectos: (i) são violações às regras do costume internacional ou tratados internacionais; (ii) são regras que pretendem proteger valores considerados importantes para toda a comunidade internacional e, conseqüentemente, que obrigam todos os Estados e indivíduos; (iii) existe um interesse universal em reprimir tais crimes; sujeitos a certas condições, os acusados podem, em princípio, ser processados e punidos por qualquer Estado, sem que exista qualquer vínculo territorial ou nacional entre o acusado ou a vítima e aquele determinado Estado. Sob essa definição de crimes internacionais pode-se incluir crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, tortura, agressão e algumas formas extremas de terrorismo⁸⁷ (CASSESE, 2005, p. 436, tradução nossa). Para os fins dessa dissertação, importa destacar os crimes contra a humanidade.

2.2.1 A Caracterização dos Crimes Contra a Humanidade pelo Direito Internacional

A noção de crime contra a humanidade remonta à 1ª Guerra Mundial, especialmente após o massacre da minoria Armênia na Turquia. O Tratado de Sèvres, firmado entre a Turquia e as potências aliadas vencedoras da 1ª Guerra Mundial, trouxe o embrião da

⁸⁷ “[...] (1) violations of either international customary rules which are intended to protect values considered important by the whole international community and consequently bind all States and individuals, or of treaty rules that spell out, clarify, develop or elaborate upon general principles of customary rules, and are applicable in the case at issue. Furthermore, (2) since there exists a universal interest in repressing these crimes, under international law their alleged authors may be prosecuted and punished by any State, regardless of any territorial or nationality link with the perpetrator or his victim (see, infra, 21.4.1), provided, however, that the suspect or the accused is on the territory of the forum State. Finally, (3) if the perpetrator has acted in an official capacity, that is, as de jure or de facto State official, the State on whose behalf he has performed the prohibited act is barred from claiming that he enjoys the immunity from the civil or criminal jurisdiction of foreign States, accruing under customary law of State officials in the exercise of their functions (see 6.3). Under this definition international crimes include war crimes, crimes against humanity, genocide, torture (as distinct from one of the categories of war crimes or crimes against humanity), aggression, and terrorism”.

responsabilidade internacional de crimes praticados por agentes de um Estado contra minorias internas.

Contudo, foi a 2ª Guerra Mundial e a política de extermínio de judeus pelo governo nazista que determinaram os primeiros processos contra perpetradores de crimes de lesa-humanidade. As perseguições pela Alemanha aos seus próprios cidadãos não se subsumia ao conceito de crimes de guerra, pois não havia precedente na história das guerras a expulsão, a deportação e o extermínio levados a cabo por um país contra seus próprios nacionais. Nesse sentido, o conceito de crime contra a humanidade foi afirmado para evitar que a perseguição a cidadãos nacionais não ficasse sem resposta.

A primeira formalização do crime contra a humanidade ocorreu, portanto, no artigo 6 (c) do Estatuto do Tribunal de Nüremberg, criado pelo Acordo de Londres em 1945. Foram qualificados como crimes dessa natureza os atos desumanos cometidos contra a população civil, a perseguição por motivos políticos, o homicídio, o extermínio e a deportação, dentre outros⁸⁸.

Esse conceito de crimes contra a humanidade do Estatuto do Tribunal de Nüremberg foi confirmado na primeira sessão da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 11 de dezembro de 1946, através da Resolução nº 95 (I). Nessa ocasião, a ONU confirmou: “[...] *os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nüremberg e as sentenças de referido Tribunal*”⁸⁹.

Já em 1947 a Assembléia Geral da ONU determinou que esses princípios de direito internacional utilizados pelo Tribunal de Nüremberg fossem consolidados em um documento escrito, cuja elaboração foi confiada à Comissão de Direito Internacional⁹⁰ (Resolução nº 177 (II), de 21.11.1947). A Comissão de Direito Internacional, em 1950, aprovou um rol de sete princípios, sendo que no sexto princípio o conceito de crime contra a humanidade

⁸⁸ “Artigo 6º- O Tribunal estabelecido pelo Acordo aludido no Artigo 1º do presente para o ajuizamento e condenação dos principais criminosos de guerra do Eixo estará legitimado para julgar e condenar aquelas pessoas que, atuando em defesa dos interesses dos países do Eixo, cometeram os delitos que constam a seguir, individualmente ou como membros de organizações: (...) (c) CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: A saber, o homicídio, o extermínio, a escravidão, a deportação e outros atos desumanos cometidos contra a população civil antes da guerra ou durante a mesma, a perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos na execução daqueles crimes que sejam competência do Tribunal ou relacionados aos mesmos, constituam ou não uma violação da legislação interna do país onde foram perpetrados.” (GONÇALVES, 2004, p. 100-101).

⁸⁹ “[...] *the principles of international law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal*”

⁹⁰ “*The General Assembly: Decides to entrust the formulation of the principles of international law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal to the International Law Commission[...]*”

englobava assassinato, extermínio, escravidão, deportação e outros atos inumanos praticados contra qualquer população civil, bem como a perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando tais atos ou perseguições forem praticados em conexão com qualquer crime contra a paz ou crime de guerra⁹¹.

Importa destacar que a necessidade de vínculo entre o crime de lesa-humanidade e crimes de guerra ou contra a paz foi abandonada com o passar dos tempos, pois referido nexos com uma guerra importava para os julgamentos levados a efeito no Tribunal de Nuremberg, especialmente para demarcar a temporalidade das condutas que seriam objeto de julgamento pelo Tribunal Militar, quais sejam, os fatos ocorridos depois de 1939, a fim de definir a sua jurisdição.

Dessa forma, os crimes contra a humanidade “podem ser punidos independentemente de terem sido cometidos em tempo de guerra ou de paz. Enquanto em 1945 um nexos com um conflito armado era exigido, no presente nenhum vínculo é requerido no direito internacional consuetudinário”⁹² (CASSESE, 2005, p. 442, tradução nossa).

De fato, o costume internacional após 1946 cristalizou-se no sentido da não exigência de qualquer nexos entre os crimes contra a humanidade e os crimes contra a paz ou crimes de guerra. Este costume internacional foi reconhecido por diversas decisões proferidas por tribunais internacionais, que revelam a interpretação autêntica do estágio do Direito Internacional sobre o assunto.

Assim, no caso “Prosecutor v. DUSKO TADIC”, o Tribunal da ONU para os crimes cometidos na ex-Iugoslávia (TPII), “Decision on the defence motion on jurisdiction”, de 10 de agosto de 1995, afirmou:

78. [...] O vínculo no Estatuto de Nuremberg entre crimes contra a humanidade e as outras duas categorias, crimes contra a paz e crimes de guerra, era próprio ao contexto do Tribunal de Nuremberg, estabelecido especificamente ‘para o justo

⁹¹ “Principle VI: “The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law: [...] (c) Crimes against humanity: Murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime.” In *Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*”.

⁹² “Crimes against humanity may be punished regardless of whether they are perpetrated in time of war or peace. While in 1945 a link or nexus with an armed conflict was required, at present customary law no longer attaches any importance to such requirements”.

e imediato julgamento e punição dos maiores criminosos de guerra dos países do Eixo Europeu.’ (Estatuto de Nuremberg, artigo 1º). Como alguns dos crimes cometidos pela Alemanha Nazista eram de natureza tão abominável ao ponto de chocar a consciência da humanidade, decidiu-se pela inclusão dos crimes contra a humanidade de forma a permitir que o Tribunal Militar Internacional julgasse os maiores criminosos de guerra pelos atos cruéis cometidos contra os Judeus Alemães, dentre outros, que, como Alemães nacionais, estavam excluídos do âmbito de proteção legal, que apenas proibía violações de direitos envolvendo populações adversárias ou inimigas. (Vide Antonio Cassese, *International Law in a Divided World* para. 169 (1986).)

79. Que nenhum vínculo é requerido no direito internacional consuetudinário, entre crimes contra a humanidade e crimes contra a paz ou crimes de guerra, está fortemente demonstrado em decisão subsequente. O tribunal militar, criado pela Lei nº 10 do Conselho de Controle, declarou, no caso *Einsatzgruppen*, que:

‘Crimes contra a humanidade são atos cometidos no curso de violação maciça e sistemática à vida e à liberdade... O tribunal militar internacional, atuando sob a égide do Estatuto de Londres, declarou que as disposições do Estatuto limitavam o Tribunal a considerar crimes contra a humanidade apenas aqueles que foram cometidos na execução de ou em conexão com crimes contra a paz ou crimes de guerra. O Conselho de Controle Aliado, na Lei nº 10, removeu esta limitação de maneira a que o Tribunal tenha competência para julgar todos crimes contra a humanidade como longamente conhecidos e entendidos sob os princípios gerais do direito penal. (4 Trials of War Criminals 499).’

80. Ademais, o Relator Especial da Comissão de Direito Internacional se pronunciou da seguinte maneira:

‘Primeiramente vinculado ao estado de guerra... o conceito de crimes contra a humanidade paulatinamente veio a se tornar autônomo e, hoje, é completamente separado daquele dos crimes de guerra... Crimes contra a humanidade podem ser cometidos em tempo de guerra ou de paz; crimes de guerra podem ser cometidos apenas em tempo de guerra.’ (Seventh Report on the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, [1989] 2 Yearbook of ILC, U. N. Doc., A/N/CN. 4/SER. A/1986/Add. 1)⁹³ (tradução nossa).

⁹³ No original: “78. *The Trial Chamber does not agree. The nexus in the Nuremberg Charter between crimes against humanity and the other two categories, crimes against peace and war crimes, was peculiar to the context of the Nuremberg Tribunal established specifically "for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries."* (Nuremberg Charter, Article 1). *As some of the crimes perpetrated by Nazi Germany were of such a heinous nature as to shock the conscience of mankind, it was decided to include crimes against humanity in order to enable the International Military Tribunal to try the major war criminals for the barbarous acts committed against German Jews, amongst others, who, as German nationals, were outside the protection of the laws of warfare which only prohibited violations involving the adversary or enemy populations. (See Antonio Cassese, International Law in a Divided World para. 169 (1986).)* 79. *That no nexus is required in customary international law between crimes against humanity and crimes against peace or war crimes is strongly evidenced by subsequent case law. The military tribunal established under Control Council Law No. 10 stated in the Einsatzgruppen case that: Crimes against humanity are acts committed in the course of wholesale and systematic violation of life and liberty . . . The International Military Tribunal, operating under the London Charter, declared that the Charter's provisions limited the Tribunal to consider only those crimes against humanity which were committed in the execution of or in connection with crimes against peace and war crimes. The Allied Control Council, in its Law No. 10, removed this limitation so that the present Tribunal has jurisdiction to try all crimes against humanity as long known and understood under the general principles of criminal law. (4 Trials of War Criminals 499).* 80. *Further, the Special Rapporteur of the International Law Commission had this to say: First linked to a state of belligerency . . . the concept of crimes against humanity gradually came to be viewed as*

A relevância da interpretação sobre a desvinculação entre os crimes contra a humanidade e o contexto de guerras conferida pelo TPII, no caso “Prosecutor v. DUSKO TADIC”, reside no fato de que este Tribunal foi criado por resoluções (nºs 808 e 827) do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU), que detém poder para adotar toda e qualquer medida necessária à manutenção da paz, devendo o restante dos membros, inclusive aqueles discordantes, obedecer o que for decidido pelo Conselho, conforme estabelecem os artigos 25 e 48 da Carta da ONU⁹⁴.

Outro precedente importante, diz respeito ao “Caso Streletz, Kessler e Krenz v. Alemanha”, também conhecido como “Caso dos Sentinelas do Muro de Berlim”⁹⁵, julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos, em 22.03.2001. Em seu voto concorrente, o Juiz Loucaides afirmou:

Os julgamentos de Nüremberg aplicaram o Estatuto e atribuíram responsabilidade criminal para indivíduos por crimes contra a humanidade. Entretanto, este crime estava conectado à guerra. Além disso, àquela época não era claramente estabelecido que aquele crime fazia parte do costume internacional, especialmente quando era desvinculado a atos de guerra. Isto foi sendo, entretanto, gradualmente estabelecido.

Resolução 95 (I) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 11 de dezembro de 1946, declara expressamente ‘os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nüremberg e as sentenças de referido Tribunal’ e a exposição daqueles princípios foi incumbida à Comissão de Direito Internacional, ‘no contexto de uma codificação geral dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade, ou de um Código Criminal Internacional’. Esta resolução demonstrou a opinião predominante dos Estados e da prática dos Estados em relação aos princípios em questão e, no que diz respeito ao assunto, deu sólido amparo legal à pretensão de que esses princípios eram elementos

autonomous and is today quite separate from that of war crimes . . . Crimes against humanity may be committed in time of war or in time of peace; war crimes can only be committed in time of war. (Seventh Report on the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, [1989] 2 Yearbook of ILC, U.N. Doc., A/N/CN. 4/SER. A/1986/Add. 1).”

⁹⁴ “Artigo 25 - Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.

(...)Artigo 48 - 1. A ação necessária ao cumprimento das decisões do Conselho de Segurança para manutenção da paz e da segurança internacionais será levada a efeito por todos os Membros das Nações

Unidas ou por alguns deles, conforme seja determinado pelo Conselho de Segurança. 2. Essas decisões serão executadas pelos Membros das Nações Unidas diretamente e, por seu intermédio, nos organismos internacionais

apropriados de que façam parte”.

⁹⁵ Desde a reunificação da Alemanha discute-se se os guardas fronteiriços da República Democrática da Alemanha (RDA), seus superiores, bem como os dirigentes políticos daquele regime, podem ser responsabilizados criminalmente pelos homicídios daqueles que tentavam cruzar a fronteira para a República Federal da Alemanha (RFA), o lado ocidental do país. Em 1992, o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha afirmou a punibilidade dos guardas fronteiriços e, em 1994, declarou a punibilidade dos altos funcionários da RDA, por entendê-los como autores mediatos dos homicídios. Em 1996, este Tribunal declarou a constitucionalidade desta jurisprudência com a Constituição do país. Um desses casos chegou à Corte Européia de Direitos Humanos de Estrasburgo.

componentes do direito internacional consuetudinário. [vide, inter alia, Daillier and Pellet, *Droit international public*, 6th edition, p. 677].

A conexão dos crimes contra a humanidade com atividades de guerra não foi considerada um requisito para a configuração de tais crimes.[...].⁹⁶ (tradução nossa)

No mesmo sentido, decidiu a Corte IDH, no “Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile”:

96. A Corte reconhece que o Estatuto de Nüremberg exerceu um papel significativo no estabelecimento dos elementos que caracterizam um crime como de lesa-humanidade. Este Estatuto proporcionou a primeira articulação dos elementos de referida ofensa, que basicamente foram mantidos desde a sua concepção inicial, com a exceção de que os crimes contra a humanidade podem ser cometidos em tempos de paz e em tempos de guerra⁹⁷ (tradução nossa).

O conceito de crimes contra a humanidade teve uma evolução que se refletiu, entre outros, nos Estatutos⁹⁸ e nas decisões dos tribunais penais internacionais⁹⁹. Em síntese, os crimes contra a humanidade, sob a ótica do direito internacional, abarcam uma série de ações que têm em comum as seguintes características: (i) são ofensas particularmente repulsivas, no sentido de que constituem um sério ataque à dignidade humana, uma grave humilhação ou degradação de seres humanos; (ii) não são eventos isolados ou esporádicos, mas sim parte de uma política de governo ou de uma prática sistemática e freqüente de atrocidades que são toleradas, perdoadas ou

⁹⁶ No original: “*The Nuremberg Trials applied the Charter and attributed criminal responsibility to individuals for “crimes against humanity”. However, this crime was linked to the conduct of war. Furthermore, it was not at the time clearly established that such crime was part of customary international law, especially when it was not linked to acts of war. It was however gradually so established.*”

*Resolution 95 (I) of the United Nations General Assembly of 11 December 1946 expressly affirmed “the principles of international law recognised by the Charter of the Nuremberg Tribunal and the judgment of the Tribunal” and the formulation of those principles was entrusted to the International Law Commission, “in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind, or of an International Criminal Code”. This resolution was evidence of the prevailing views of States and of State practice as regards the principles in question and, for that matter, gave solid legal support to the claim that these principles were part of customary international law*¹ see, inter alia, Daillier and Pellet, *Droit international public*, 6th edition, p. 677].

The connection of crimes against humanity with war activities was not considered a requirement for the establishment of such crimes”

⁹⁷ “96.La Corte, además, reconoce que la Estatuto de Nuremberg jugó un papel significativo en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad. Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa⁹⁷, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra”

⁹⁸ Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (art. 5º); Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (art.3º); Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa (art.2º); e Estatuto de Roma da Tribunal Penal Internacional (art.7º).

⁹⁹ Além do Caso *Prosecutor v. DUSKO TADIC*, do TPII, ver: Caso *Akayesu* - Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

incentivadas por um governante ou pela autoridade de fato; (iii) são atos proibidos e podem ser conseqüentemente punidos, independente se tenham sido perpetrados em tempos de guerra ou de paz; (iv) as vítimas do crime devem ser civis, ou no caso de crimes cometidos durante um conflito armado, pessoas que não tenham tomado parte nas hostilidades (CASSESE, 2005, p. 439-442).

Assassinato, extermínio, tortura, estupro, perseguição política, racial ou religiosa e outros atos desumanos, que antes de tudo configuram violações dos direitos humanos, alcançam a categoria de crimes contra a humanidade somente se esses são parte de uma prática sistemática. Assim, atos desumanos isolados dessa natureza constituem-se em graves violações dos direitos humanos ou, dependendo das circunstâncias, crimes de guerra, mas não merecem o estigma relacionado aos crimes contra a humanidade ou por qualquer outra razão similar¹⁰⁰ (CASSESE, 2005, p. 442, tradução nossa).

Para que crimes como assassinato, lesão física, escravidão etc, se tornem crimes contra a humanidade, deve haver também um componente internacional, que pode se configurar tanto pelo resultado da conduta que afeta os interesses da segurança coletiva da comunidade internacional, como pelas razões da gravidade e magnitude da conduta violadora, que coloque em risco a paz e segurança da humanidade.

Diferentemente dos crimes de guerra, os crimes contra a humanidade não precisam de um elemento transnacional; e diferentemente do genocídio, eles não se limitam a casos nos quais uma intenção de destruir um grupo racial, étnico ou religioso pode ser comprovada. A dimensão internacional é determinada pela falta de habilidade dos mecanismos estatais normais de controle para tratar da criminalidade provocada pelo próprio Estado ou por seus líderes, uma vez que somente mecanismos internacionais poderiam administrar esse problema.

Os crimes contra a humanidade não diferem de outras graves violações dos direitos humanos, contudo eles se diferenciam na sua natureza coletiva e massiva e a referência às populações civis é que lhes caracteriza a sua massificação.

Por outro lado, um indivíduo pode ser culpado por crimes contra a humanidade mesmo se ele perpetrar apenas uma ou duas das ofensas acima mencionadas, ou se engajar em tal ofensa apenas contra poucos civis, desde que tais ofensas sejam parte realmente consistente de um padrão de comportamento impróprio

¹⁰⁰ *“Murder, extermination, torture, rape, political, racial, or religious persecution, and other inhumane acts reach the threshold of crimes against humanity only if they are part of a practice. Isolated inhumane acts of this nature may constitute grave infringements of human rights or, depending on the circumstances, war crimes but fall short or meriting the stigma attaching to crimes against humanity”.*

conduzido por um número de pessoas vinculadas a um mesmo ofensor (por exemplo, porque eles estão envolvidos em uma ação armada do mesmo lado ou porque eles fazem parte de um plano comum¹⁰¹ (CASSESE, 2005, p.442, tradução nossa).

No mesmo caso “Almonacid v. Chile”, a Corte IDH assentou que

os crimes contra a humanidade incluem o cometimento de atos inumanos, como o assassinato, perpetrados em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. Basta que dentro do contexto descrito só um ato ilícito como os mencionados seja cometido, para que se produza um crime de lesa-humanidade¹⁰² (tradução nossa).

No mesmo sentido foi a orientação da Corte IDH no “Caso La Cantuta v. Peru” (sentença de 29 de novembro de 2006, série c, nº 162, § 95), em que se referiu novamente aos crimes de lesa-humanidade ao considerar que “a execução extrajudicial e o desaparecimento forçado das supostas vítimas foram perpetrados em um contexto de ataque generalizado e sistemático contra setores da população civil”¹⁰³.

Em síntese, a jurisprudência da Corte IDH entende que os crimes contra a humanidade devem reunir os seguintes elementos: i) prática de atos inumanos em sua natureza e caráter; ii) esses atos devem ser praticados como parte de um ataque sistemático ou generalizado; iii) esse ataque responde a uma política de Estado, ainda que expressamente não formalizada; e iv) o ataque deve se voltar contra a população civil.

¹⁰¹ “On the other hand, an individual may be guilty of crimes against humanity even if he perpetrates one or two of the offences mentioned above, or engages in one such offence against only a few civilians, provided those offenses are part of a consistent pattern of misbehaviour by a number of persons linked to that offender (for example, because they engage in armed action on the same side, or because they are parties to a common plan, or for any other similar reason.”

¹⁰² “96.[...] En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Prosecutor v. Dusko Tadic, al considerar que “un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable”.

¹⁰³ “95. La ejecución extrajudicial y desaparición forzada de las presuntas víctimas fueron perpetradas en un contexto de ataque generalizado y sistemático contra sectores de la población civil”.

2.2.2 A Obrigatoriedade da Persecução Penal em Face dos Perpetradores de Crimes Contra a Humanidade

A proibição dos crimes contra humanidade foi estabelecida pela prática internacional, cristalizada pelo impulso do Acordo de Londres que criou o Tribunal de Nüremberg. A criação dessa categoria de crimes internacionais indicou que a ordem jurídica internacional estava ampliando os atos considerados preocupantes pela comunidade internacional, visando enviar uma mensagem aos Estados violadores dos direitos de seus cidadãos.

A partir dos julgamentos de Nüremberg, foram elaborados uma série de tratados internacionais, como a Convenção sobre Genocídio de 1948 e a Convenção sobre o *Apartheid* de 1973, coibindo a tortura, o apartheid e o terrorismo internacional em suas diversas formas, sendo que as disposições convencionais pertinentes proibindo esses crimes evoluíram atualmente no costume internacional.

A jurisprudência decorrente dos processos relacionados aos crimes cometidos na 2ª Guerra Mundial é um marco na afirmação da obrigatoriedade estatal de investigar e processar as violações dos direitos humanos de variadas formas, pois assinalou a importância da responsabilização pelas atrocidades que haviam sido patrocinadas pelo Estado, cujos crimes contra seus próprios cidadãos eram objeto do direito internacional penal e se caracterizavam como crimes contra a humanidade, pois violavam valores essenciais da humanidade e ameaçavam a paz mundial.

É claro que muitas críticas foram destinadas ao Tribunal de Nüremberg, tais como violações aos princípios da reserva legal e da irretroatividade da lei penal¹⁰⁴, se constituir em um tribunal de exceção e ser uma justiça dos vencedores. Contudo, o legado de Nüremberg, com suas considerações sobre os conflitos, suas conseqüências e a responsabilização de seus causadores é inegável.

¹⁰⁴ O Tribunal não acolheu esta tese, por força do “princípio da humanidade”, que deita raízes na unidade do gênero humano, de maneira que os crimes dos nazistas vulneraram princípios gerais compartilhados pela maioria dos países, que consideravam tais condutas como crimes diante do direito internacional. Ademais, a patente crueldade dos atos praticados evidenciava que os réus deveriam ter tido consciência da natureza delituosa de suas condutas. Por essa razão, os princípios da legalidade, *nullum crime nulla poena sine lege*, e da irretroatividade da lei penal não eram aplicados àqueles que violaram princípios gerais de direito.

Atualmente os crimes contra a humanidade são definidos no Estatuto de Roma de 1998¹⁰⁵, em seu art. 7º, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil, com conhecimento desse ataque¹⁰⁶.

Sob a ótica do direito internacional dos direitos humanos, o dever de levar os perpetradores de crimes contra a humanidade a julgamento pode ser extraído por meio de diversos tratados de proteção dos direitos humanos.

De acordo com Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁰⁷ (PIDCP), artigo 2 (3), os Estados-partes obrigaram-se a assegurar que as vítimas de violações dos direitos humanos devem ter um remédio efetivo, mesmo que as violações tenham sido cometidas por pessoas que agiam em capacidade oficial ou estatal. Embora não haja um direito subjetivo da vítima de pressionar um Estado a processar tais pessoas, há um dever do Estado de investigar e, depois disso, processar qualquer suspeito que houver sido identificado. Em seu artigo 15 (2) há previsão de que nenhuma disposição do Pacto pode impedir o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações.

Por sua vez, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes¹⁰⁸ expressamente exige que cada Estado-parte estabeleça uma jurisdição sobre as ofensas cometidas em seu território tanto por ou contra seus nacionais (art. 5) e submeta o caso às suas autoridades competentes com a finalidade de processar (art. 7). Os Estados têm que assegurar que suas autoridades judiciais, prontamente e de forma apropriada

¹⁰⁵ Assinado pelo Brasil em 07.02.2000, tendo sido aprovado por meio do Decreto legislativo 112, de 06.06.2002, com depósito da Carta de Ratificação brasileira em 20.06.2002. Foi promulgado internamente pelo Decreto 4.388, de 25.09.2002.

¹⁰⁶ a) Assassinato; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou traslado forçado de população; e) Encarceramento ou outra privação grave da liberdade física, infringindo normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo político ou coletividade com identidade própria com fundamento em motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero definido no parágrafo 3, ou outros motivos universalmente reconhecidos como inaceitáveis de acordo com o direito internacional, em conexão com qualquer ato mencionado no presente parágrafo ou com qualquer crime de competência da Corte; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) O crime de apartheid; k) Outros atos inumanos de caráter similar que causem intencionalmente grandes sofrimentos ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física.

¹⁰⁷ Adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991, e promulgado pelo Decreto 592, de 06.07.1992.

¹⁰⁸ Adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 4, de 23.05.1989, e promulgada pelo Decreto 40, de 15.02.1991.

e imparcial, investiguem as alegações de tortura (art. 12) e garantam em seu sistema legal que a vítima de um ato de tortura obtenha a compensação adequada (art. 14). No mesmo sentido, orienta-se a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura¹⁰⁹ (artigos 5º, 6º, 8º e 9º).

Na Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹⁰, os Estado-membros têm a obrigação de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos humanos (art.1º), mas não há uma previsão específica para o dever de investigar ou punir os responsáveis pelas violações a esses direitos, o que coube assim à jurisprudência desenvolver e consolidar essas obrigações.

Há ainda a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, dezembro de 1948), que em seu artigo 11(2) prevê a possibilidade de responsabilização se o delito é considerado crime pelo direito internacional, bem como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, abril de 1948), que em seus artigos 25 e 26 asseguram que as vítimas de violações dos direitos humanos devem ter um remédio efetivo.

Percebe-se que há no direito internacional um dever dos Estados de processar crimes contra a humanidade, mas existe na prática internacional uma dificuldade para se implementar tal propósito. Como consequência,

[...] um Estado, quando é forçado pelo direito internacional a processar e reprimir os autores presumidos de crimes internacionais, não pode anistiar tais crimes nem pela lei, nem por meio de uma convenção internacional. Senão, ele violaria suas obrigações internacionais e sua responsabilidade internacional ficaria comprometida. Além disso, tais anistias não poderiam ser oponíveis aos Estados que tenham competência a respeito desses crimes, e estes, portanto, poderiam mover ações contra os autores presumidos (GAETA, 2004, p. 254).

Fica claro, portanto, que a concessão de uma anistia para autores de crimes internacionais, sob a ótica do direito penal internacional, não inibe que os outros países processem os presumíveis responsáveis, assim como, sob a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos, pode implicar na responsabilidade internacional do Estado pela violação de seus compromissos internacionais.

¹⁰⁹ Ratificada pelo Brasil em 20.07.1989.

¹¹⁰ Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992, e promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992.

2.2.3 A Configuração dos Crimes Praticados pela Ditadura Militar no Brasil Contra a Dissidência Política como Crimes Contra a Humanidade

A ditadura militar no Brasil no período compreendido entre 1964 a 1985 foi caracterizada pela violação dos direitos de seus cidadãos por meio da organização pelo Estado de um aparelho repressivo brutal que institucionalizou a prisão, a tortura, o desaparecimento forçado e o assassinato de setores da população civil, em virtude de intolerância ideológica, pois eram considerados como opositores do regime.

Em que pese a recalcitrância do Estado brasileiro em abrir os arquivos da ditadura e também não tenha estabelecido uma Comissão de Verdade que pudesse estimar o número real de crimes praticados, alguns dados estão disponíveis e uns números são estimados. De acordo com a publicação “Direito à Memória e à Verdade” (BRASIL, 2007, p. 30):

O saldo da repressão política exercida pelo regime atingia cifras muito elevadas. Calcula-se que cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos primeiros meses da ditadura, ao passo que em torno de 10 mil cidadãos teriam vivido no exílio em algum momento do longo ciclo. Ao pesquisar os dados constantes de 707 processos políticos formados pela Justiça Militar entre 1964 e 1979, o projeto Brasil Nunca Mais contou 7.367 acusados judicialmente e 10.034 atingidos na fase de inquérito. Houve quatro condenações à pena de morte, não consumadas; 130 pessoas foram banidas do País; 4.862 tiveram cassados os seus mandatos e direitos políticos; 6.592 militares foram punidos e pelo menos 245 estudantes foram expulsos da universidade .

No referido Projeto “Brasil Nunca Mais” apurou-se a existência de cerca 1.997 notícias de torturas a presos políticos (ARNS, 1995, p. 86), sem contar as prisões ilegais e não oficializadas perante qualquer autoridade judiciária¹¹¹.

A Lei nº 9.140/95, já evocada, reconheceu automaticamente 136 casos de desaparecidos constantes num “Dossiê” organizado por familiares e militantes dos Direitos Humanos ao longo de 25 anos de buscas¹¹². Estima-se em 400 o número de casos de desaparecimentos forçados e assassinatos de opositores ou contestadores do governo que assumiu

¹¹¹ Registre-se que os dados compilados pela Arquidiocese foram obtidos dos processos criminais movidos contra presos políticos, em que os advogados dos presos aproveitavam a rara oportunidade de acesso às autoridades judiciais para denunciar as torturas suportadas pelos réus.

¹¹² Mais tarde foi excluída dessa lista uma pessoa que se comprovou ter morrido de causas naturais.

o poder com o golpe militar de 1964, sendo que os despojos de aproximadamente 140 pessoas ainda não foram localizados.

Houve também o caso da Guerrilha do Araguaia¹¹³, onde toda a população civil de extensa área rural (englobando os municípios de São Domingos do Araguaia, São Geraldo do Araguaia, Brejo Grande do Araguaia, Palestina do Pará, todos no Pará, e Xambioá e Araguatins, no Tocantins) foi ameaçada, sitiada e em grande parte encarcerada em campos de prisioneiros do Exército brasileiro.

Todos esses crimes foram praticados numa ação coordenada do Estado por intermédio de seus agentes, dentro de um padrão sistemático e generalizado de perseguição contra parcela da população civil. Registre-se que não há uma tipificação específica para os crimes contra a humanidade e nem um rol que enumere taxativamente as condutas que se enquadrariam como tais. Como assevera Celso D. de Albuquerque Mello (1997, 432), o crime contra a humanidade “tem a mesma natureza do crime comum”.

A partir do Estatuto de Nüremberg, sedimentou-se o costume internacional de que qualquer crime grave contra os direitos humanos pode atentar contra a humanidade, desde que praticado dentro de um padrão sistemático e generalizado de perseguição contra a população civil, por razões éticas, políticas, raciais ou religiosas.

Há que se ter em mira que sendo um ramo do direito internacional público, as fontes formais do direito penal internacional podem se originar, basicamente, a partir do rol do art. 38 (1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ECIJ), a saber: (a) por meio da celebração de convenções multilaterais pelos Estados interessados; (b) por meio da formação de direito consuetudinário; (c) pelos princípios gerais do direito; (d) pelas decisões judiciais e as doutrinas dos “juristas mais qualificados das diferentes nações” em direito internacional.

¹¹³ Costuma-se chamar de Guerrilha do Araguaia a um conjunto de operações militares ocorridas durante a década de 70 e promovidas por grupos revolucionários, contrários ao regime militar na época em vigor no Brasil. Participaram cerca de 70 guerrilheiros, que resistiram ao cerco militar que se iniciou em 1972 e durou por mais três anos. Em janeiro de 1975 as operações foram consideradas oficialmente encerradas com a morte ou prisão da maioria dos guerrilheiros. Para maiores detalhes sobre a Guerrilha do Araguaia: Ver GORENDER, Jacob. *Combate nas trevas. A esquerda brasileira: das ilusões perdidas à luta armada*. São Paulo: Ática, 1987, p. 207-214; BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007, p. 195-270. Sobre a Guerrilha do Araguaia, Elio Gaspari (2002b, p 406) assim a analisou: “O que se deu no Araguaia foi o paroxismo do choque dos radicalismos ideológicos que, com seus medos e fantasias, influenciaram a vida política brasileira por quase uma década. A esquerda armada supusera que estava no caminho da revolução socialista, e a ditadura militar acreditava que havia uma revolução socialista a caminho”.

O direito consuetudinário e os princípios gerais do direito são, por certo, difíceis de identificar, dado que se tratam de direito internacional não escrito. Contudo, estas fontes do direito devem servir como ponto de partida construtivo para a formação de normas de direito penal internacional¹¹⁴. Contudo, como esclarece Kai Ambos (2008, p. 44):

No que diz respeito, em particular, às fontes do direito penal internacional, a fundamentação no direito consuetudinário de normas de direito penal internacional coloca especiais dificuldades em um duplo sentido. Desde a ótica do direito penal, o princípio do *nullum crimen* parece excluir a existência de tipos penais não escritos, fundados no costume internacional. No entanto, conforme os artigos 15 (2) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), 11 (2) da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e 7 (2) da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), **uma conduta pode ser sancionada, se ela era punível “segundo os princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade internacional”**. **Aqui, o conceito princípios de direito não deve ser entendido no sentido do artigo 38 (1) (c) do ECIJ, senão no das regras de direito consuetudinário internacional desenvolvidas sobre a base do direito de Nüremberg, razão pela qual a regra aplicada deve ter, “sem dúvida”, o caráter de costume internacional** (negrito nosso).

Entendemos que o princípio fundamental previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição brasileira, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” não é vulnerado, pois os crimes praticados durante o período de ditadura militar (homicídio, lesão corporal, seqüestro, estupro, ocultação de cadáver, etc), assim como as penas, estavam previstos no direito interno positivo muito antes da ocorrência dos fatos.

Note-se que a aplicação da normatividade internacional para fins de integração e interpretação de uma determinada conduta típica já foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento do *Habeas Corpus* nº 70.389-5-SP, ao apreciar caso em que se atribuía a policiais militares a prática de tortura contra adolescentes, antes da edição da Lei 9.455/97, o STF decidiu no sentido de que, com a promulgação das Convenções da Nações Unidas e Americana, que cuidam da repressão e punição ao crime de tortura, deveriam estas considerar-se

¹¹⁴ O artigo 21 (1) (b) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI), que estabelece o direito aplicável, remete expressamente aos princípios e normas de direito internacional (*principles and rules of international law*), incluindo como direito aplicável do TPI, entre outros, o costume internacional e os princípios gerais do direito no sentido do artigo 38 da ECIJ.

incorporadas ao plano do direito positivo interno, e assim, servirem de subsídio para integração e interpretação da noção típica de tortura¹¹⁵.

O mesmo raciocínio aqui deve ser aplicado, alterando-se apenas a fonte do direito internacional utilizada, que no julgamento daquele habeas corpus foram convenções internacionais, e no caso dos crimes praticados durante a ditadura militar, é o costume internacional, para integrar e interpretar a noção típica dos crimes contra a humanidade.

Quanto às fontes do direito internacional, não existe hierarquia entre elas. Costumes e tratados são vistos como meios de criação e surgimento das normas jurídicas e possuem o mesmo nível hierárquico, tendo valor rigorosamente igual (NASSER, 2005, p. 167).

Logo, os crimes praticados pelos agentes do Estado brasileiro contra a dissidência política caracterizam-se juridicamente como crimes contra a humanidade e, nessa medida, o Estado brasileiro tem o dever de exercer a persecução penal contra os autores que forem identificados.

No que tange aos crimes de desaparecimentos forçados, a doutrina e a jurisprudência internacionais passaram a considerá-los como crime de seqüestro, cuja consumação se protraí no tempo, enquanto os corpos não forem localizados, razão pela qual não se aplicaria a anistia, em virtude de sua limitação temporal. Essa roupagem jurídica acarreta relevantes implicações práticas no cumprimento da obrigação do Estado de exercer a persecução penal.

Assim, esses crimes constituem, por si próprios, graves violações dos direitos humanos, independentemente de terem ou não a qualidade de crimes de lesa-humanidade. Como no período da ditadura militar também foram cometidos atos de desaparecimento forçado¹¹⁶, o

¹¹⁵ “[...] entendo que, assim como temos convivido com estes tipos tradicionais, sem que ninguém tenha tido a idéia de entendê-los inconstitucional por violação ao princípio da tipicidade, não há como inquirar de inconstitucional a definição que se vale da noção da tortura, universalmente inequívoca em seu núcleo significativo básico e que, ademais, como mostraram os eminentes Ministros Relator Celso de Mello e agora o Ministro Carlos Velloso, tem, hoje, um conceito internacional incorporado ao direito positivo brasileiro. Pouco importa que, nos tratados, não se trata de norma penal: a remissão da lei interna a um conceito, definido no tratado, cominando-se-lhe pena, é, evidentemente, forma de instituir uma norma penal”. Trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence (HC nº 70.389-5-SP, Rel. Min. Celso de Mello. D. J., 19.08.1998).

¹¹⁶ O artigo 2º da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas define o desaparecimento forçado nos seguintes termos: “Para os efeitos da presente Convenção, considera-se desaparecimento forçado a privação da liberdade a uma ou mais pessoas, qualquer que seja a forma, cometida por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com a autorização, o apoio ou a aquiescência do Estado, acompanhada da falta de informação ou da negativa em reconhecer essa privação de liberdade ou de informar o paradeiro da pessoa, com o que o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes são impedidos”. Como já afirmado, até o presente momento, ainda não houve a ratificação pelo Brasil.

Estado do Brasil tem a obrigação internacional de investigá-los e puni-los, ainda que sob a rubrica dos tipos penais existentes em seu direito interno vigente (v.g. ocultação de cadáver ou seqüestro), e independentemente do momento em que ratificou os pertinentes tratados de direitos humanos¹¹⁷, devido ao caráter de *jus cogens*¹¹⁸ que tem a citada obrigação, bem como pelo caráter de crime contínuo que possui essa violação, “o que a aproxima de um crime imprescritível vinculando o ponto inicial do prazo de prescrição ao dia do reaparecimento do desaparecido ou da prova de seu falecimento” (DELMA-MARTY, 2004, p. 302).

A Corte IDH já teve oportunidade de se pronunciar sobre a prática de desaparecimentos forçados em vários casos levados ao seu conhecimento. Assim, no “Caso Goiburú e outros v. Paraguai”, sentença de 22 de setembro de 2006, a Corte considerou:

tal como se desprende do preâmbulo da Convenção Interamericana assinalada [sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas], perante a particular gravidade destes delitos e a natureza dos direitos lesados, a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correlativo dever de investigá-los e punir seus responsáveis atingiram o caráter de *jus cogens*¹¹⁹.

Além disso, no mesmo caso, a Corte IDH foi enfática em assinalar tanto o caráter complexo do desaparecimento forçado, enquanto afete direitos múltiplos protegidos pelos instrumentos internacionais de direitos humanos (vida, integridade física e liberdade individual), como seu caráter continuado¹²⁰.

A tipificação jurídica que possa ser dada ao conjunto de fatores que integram o desaparecimento forçado como violação dos direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, não afeta o caráter autônomo que tem o delito de desaparecimento forçado nem seu caráter continuado ou permanente.

¹¹⁷ Este assunto está relacionado com a questão da cláusula temporal da jurisdição obrigatória da Corte IDH sobre o Brasil, que será estudada no item 3.3.3.1.

¹¹⁸ O conceito de *jus cogens* será desenvolvido no item 2.2.5.

¹¹⁹ “ 84. En definitiva, la Corte estima que, tal como se desprende del preámbulo de la Convención Interamericana señalada, ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *jus cogens*”.

¹²⁰ “ 85. Las anteriores consideraciones del delito de desaparición forzada de personas obedecen, en definitiva, a las necesidades de prevención y protección contra este tipo de actos. De tal manera, el tratamiento en esta Sentencia de los hechos del presente caso como un conjunto de factores que integran la desaparición forzada de las víctimas, si bien calificados como violaciones a los derechos a la vida, la integridad personal y libertad personal, es consecuente con el carácter continuado o permanente de aquel fenómeno y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron, analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias”.

A Corte IDH entende que, embora os Estados possam adiantar a investigação pelos fatos que configuram o desaparecimento forçado e punir seus autores baseando-se em outros tipos penais, como seqüestro, cárcere privado, abuso de autoridade, associação ou acordo para delinquir, lesões, coação ou ameaças e homicídio, no caso de não haver tipificado o delito de desaparecimento forçado como tal, os Estados continuam obrigados internacionalmente a tipificar em seu direito interno o delito de desaparecimento forçado, com os elementos definidos pelos respectivos instrumentos internacionais de direitos humanos.

A Corte Interamericana também fez uma clara distinção entre o desaparecimento forçado, como uma violação de caráter contínuo e permanente que se mantém enquanto não se localize o paradeiro das pessoas desaparecidas ou que seus restos sejam devidamente localizados e identificados, e a execução extrajudicial ou o homicídio da vítima¹²¹.

Ademais, foi reiterativa na obrigação dos Estados de tipificar adequadamente o delito de desaparecimento forçado. A esse respeito, no “Caso Goiburú”, a Corte IDH expressou o seguinte:

§92 [...] O Direito Internacional estabelece um padrão mínimo acerca de uma correta tipificação desta categoria de condutas e dos elementos mínimos que ela deve observar, no entendimento de que a persecução penal é uma via fundamental para prevenir futuras violações de direitos humanos. Quer dizer, os Estados podem adotar uma maior severidade no tipo específico para efeitos de uma melhor persecução penal desses delitos, em função do que considerem uma maior ou melhor tutela dos bens jurídicos protegidos, com a condição de, ao fazê-lo, não tornarem vulneráveis essas outras normas às quais estão obrigados. Além disso, a subtração de elementos considerados irredutíveis na fórmula persecutória estabelecida em nível internacional, bem como a introdução de modalidades que lhe diminuam sentido ou eficácia, podem levar à impunidade de condutas que os Estados são obrigados, sob o Direito Internacional, a prevenir, erradicar e punir¹²².

Como já assinalado, a investigação e a punição do desaparecimento forçado são hoje obrigação de *jus cogens*, ou seja, direito cogente ou imperativo, o que significa que os Estados têm o dever de cumpri-la, além de os tratados que tenham ratificado. O Brasil está

¹²¹ “Al respecto, el Tribunal considera que, a diferencia de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas se caracteriza por ser una violación de carácter continuo o permanente” (Corte IDH, Caso Heliodoro Portugal v. Panamá, Sentença de 12 de agosto de 2008, Série C Nº 186, §º 34)

¹²² “§92 [...] El Derecho Internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Es decir, que los Estados pueden adoptar una mayor severidad en el tipo específico para efectos de una mejor persecución penal de esos delitos, en función de lo que consideren una mayor o mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos, a condición de que al hacerlo no vulneren esas otras normas a las que están obligados. Además, la sustracción de elementos que se consideran irreducibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidade de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar”.

obrigado, nesta medida, a investigar e punir os atos de desaparecimento forçado cometidos durante o período da ditadura militar, como uma obrigação de jus cogens.

Por outro lado, enquanto permanecer desconhecido o paradeiro da vítima ou enquanto seu corpo não for encontrado, o delito se perpetua e se essa situação perdurar para após à entrada em vigência do Pacto de Direitos Civis e Políticos ou da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no Brasil, significa a violação dos respectivos tratados.

2.2.4 A Imprescritibilidade dos Crimes Contra a Humanidade

Com o decurso de prazo, a função repressiva do Estado vai perdendo sua eficácia, as provas se apagam ou se tornam difíceis de serem conservadas e encontradas, bem como sua legitimidade, ante a inércia do autor do processo em dar início à persecução penal, vai se esvaindo. A prescrição não é o perdão dos homens, somente o esquecimento do tempo, que garante a impunidade dos crimes após certo prazo, depois dos fatos ou depois da condenação.

Apesar das virtudes apaziguadoras, extremamente necessária para a estabilidade das relações jurídicas em situações “normais”, a prescrição não se coaduna com as características dos crimes contra a humanidade, pois, a impunidade, sobretudo, quando bloqueia qualquer processo, impede a formação de uma memória coletiva para que a sociedade possa se preparar para o futuro, deixando nas vítimas e familiares um contraditório sentimento que transita entre a vontade de esquecer os horrores e o de se realizar a justiça.

O direito internacional estabeleceu a imprescritibilidade de certos crimes internacionais de maneira progressiva. Remontando às fontes do direito internacional, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foi anunciada na Declaração de Moscou, de 30 de outubro de 1943, e no Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945, mas nem o Estatuto de Nüremberg, de 1945, nem a Convenção sobre Genocídio, de 1948, previram-na expressamente.

Considerando que uma certa quantidade de crimes cometidos durante a 2^a Guerra Mundial corria o risco de prescrever em 26 de novembro de 1968, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade [ONU, Resolução 2391 (XXIII), de 26 de novembro de 1968], tendo

entrado em vigor em 11 de novembro de 1970. O seu artigo 1º, item 2, dispõe expressamente serem “imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos”, os crimes contra a humanidade, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, tal como definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº 3 (I) e nº 95 (I) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946¹²³. A partir daí, vários outros diplomas previram a imprescritibilidade de crimes internacionais¹²⁴.

A Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade de 1968, no entanto, não foi ratificada por um grande número de países¹²⁵, dentre eles, o Brasil, que já se encontrava em plena ditadura militar e não seria de se esperar que aderisse à uma convenção que poderia responsabilizar os próprios militares.

Vale lembrar que a Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados, de 9 de junho de 1994, também exclui expressamente a prescrição das ações e das penas, pois considera tais atos como crimes contra a humanidade, e embora tenha sido ratificada em plena democracia, ainda não foi internalizada pelo Brasil por declarada influência militar. Portanto, não nos parece correto o argumento de que a passagem de mais de vinte anos do fim da ditadura militar e de plena democracia no país indicaria que a não ratificação decorreria de uma opção política do Estado brasileiro, pois as instituições estatais ainda sofrem forte *lobby* das Forças Armadas para não aderirem àquela convenção.

Por outro lado, como já referido, o conceito de crime contra a humanidade integra o costume internacional, especialmente após a confirmação dos sete princípios do Tribunal de Nüremberg pela Assembléia Geral da ONU, em 1946, Resolução nº 95 (I).

¹²³ “ARTICLE I - *No statutory limitation shall apply to the following crimes, irrespective of the state of their commission: (b) crimes against humanity whether committed in time of war or in time of peace as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal, Nürnberg, of 8 August 1945 and confirmed by resolutions 3(I) of 13 february 1946 and 95 (I) of 11 December 1946 of the General Assembly of United Nations [...]*”.

¹²⁴ (i) Convenção Européia, de 25 de janeiro de 1974, no que diz respeito aos crimes contra a humanidade e os crimes de guerra; (ii) a Declaração da Assembléia Geral da ONU, de 18 de dezembro de 1992, na qual se aponta que o desaparecimento forçado de pessoas deve ser considerado como um crime contra a humanidade, o que o aproxima de um delito imprescritível; (iii) os artigos 2 a 5 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, que alargam o campo de aplicação dos crimes internacionais imprescritíveis às infrações graves previstas nas Convenções de Genebra de 1949, às violações dos costumes e leis de guerra e aos crimes contra a humanidade, e (v) o artigo 29 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que inclui ainda à lista de crimes internacionais imprescritíveis os crimes de agressão.

¹²⁵ Argentina, Egito, Espanha, França, Itália, Holanda, China também não ratificaram. Já a Tunísia (em 1972), o Iêmen (em 1987), a Líbia (em 1989) e o Kuwait (em 1995) ratificaram-na. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty6.htm>>. Acesso em: 19.02.09.

O Princípio I dos Princípios de Nuremberg, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1950, indica que "*qualquer pessoa que cometa atos que constituam um crime sob as leis internacionais será responsável e por conseguinte sujeita a castigo*". Por sua vez, o Princípio II afirmou que: "*O fato do direito interno não impor punição a um ato que constitui crime segundo o direito internacional não exime a pessoa que cometeu o ato de ser responsabilizada perante o direito internacional.*"¹²⁶

O princípio de imprescritibilidade pode ser extraído como diretamente vinculado ao cumprimento do direito internacional que ordena a punição dos autores de crimes de acordo com as leis internacionais ou crimes de direito internacional, pois estes são os que mais repudiam a consciência universal.

Antes mesmo da aprovação desta Convenção sobre Imprescritibilidade de 1968, na Resolução 2338 (XXII), de 18 dezembro de 1967, sobre a "*Questão do castigo dos criminosos de guerra e das pessoas que tenham cometido crimes contra a humanidade*", a Assembléia Geral das Nações Unidas observou, em relação à sua persecução e punição, que "*em nenhuma das declarações solenes, instrumentos ou convenções para o ajuizamento e o castigo por crimes de guerra e por crimes de lesa-humanidade, foi prevista limitação no tempo*"¹²⁷, reafirmando que a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade era um princípio de direito internacional e decidiram dar alta prioridade para a elaboração de uma futura Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade que cumpriria a necessidade e a oportunidade de afirmar esse princípio no direito internacional e garantir sua aplicação universal¹²⁸.

Como destaca André de Carvalho Ramos (2005, p. 56):

as resoluções da Assembléia Geral da ONU são consideradas hoje uma importante etapa na consolidação de costumes de Direito Internacional dos Direitos Humanos existentes, tendo contribuído também na formação de novas regras internacionais, como demonstram as diversas convenções internacionais de direitos humanos, originariamente resoluções da Assembléia Geral.

¹²⁶ "*Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal. Principle I: Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefore and liable to punishment. Principle II: The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from the responsibility under international law.*"

¹²⁷ "*Noting that none of the solemn declarations, instruments or conventions relating to prosecution and punishment for war crimes and crimes against humanity makes provision for a period of limitation*".

¹²⁸ "*6. Decides to give high priority to the completion of the draft convention on the non-applicability of statutory limitation to war crimes and crimes against humanity, with a view to its adoption at the twenty-third session*".

A Câmara criminal da *Cour de Cassation* francesa¹²⁹ já teve a oportunidade de decidir, em sentença de 26 de janeiro de 1984, que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade decorre dos “princípios de direito, reconhecidos pelo conjunto das nações” (CASELLA, 2006, p. 745).

Importa observar no tocante ao direito consuetudinário, que dois são os elementos necessários à sua formação, sem os quais não se pode determinar e provar a sua existência: o material (objetivo) e o psicológico (subjutivo), conforme §1º, (b), do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ECIJ).

O elemento material do costume se caracteriza pela repetição generalizada e habitual de certos atos praticados pelos Estados ou organizações internacionais, criando assim uma *prática* entre eles. Contudo, além da *prática*, é também necessária a *convicção* de que aquilo que se pratica deve ser realmente cumprido. Nas palavras do ECIJ essa prática deve ser “aceita como sendo o direito”. Dessa forma, para que o costume sobreviva como tal, é necessário que a prática reiterada de atos estatais ou organizacionais seja determinada pela *opinio juris*, que é o elemento psicológico, consistente na crença dos atores da sociedade internacional de que aquilo que se pratica reiteradamente se estima obrigatório pelo fato de ser justo e conforme o universo do Direito.

Sob a ótica do direito penal internacional, surge o problema de que a prática dos Estados, que deve estar acompanhada de um convencimento jurídico geral (*opinio juris*), dificilmente possa se fundamentar para dar origem a um costume internacional, em virtude da ampla extensão da impunidade das severas violações aos direitos humanos. Contudo:

Este problema pode ser atendido mediante uma maior acentuação dos *princípios gerais do direito*. **Primeiramente, os princípios gerais do direito existentes podem ser considerados para a verificação ou falsidade das regras de direito consuetudinário internacional em formação, e em conseqüência, ainda não consolidadas.** No caso de verificação da regra de direito consuetudinário internacional correspondente, fundamentar-se-ia, por meio de uma semelhante combinação, uma nova regra de direito internacional. Com isto se desenvolveria um princípio geral do direito – de modo absolutamente tradicional – a partir do direito nacional e com pesquisas de direito comparado, em certo modo, como “*general principles of law derived [...] from national laws of legal systems of the World [...]*” (art. 38 (1) (c) ECIJ). **Além disso, segundo**

¹²⁹ Vale lembrar que a França conscientemente também não ratificou a convenção de 1968 sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, em virtude das suas guerras coloniais. Com a entrada em vigor do novo Código Penal em 1994, os crimes contra a humanidade foram isolados dos crimes e delitos contra a pessoa. O Código francês faz remissão à história dos julgamentos dos casos Klaus Barbie, conhecido como “açougueiro de Lyon”, Paul Touvier e Maurice Papon.

a opinião preponderante na atualidade, os princípios gerais do direito podem se fundamentar, também, em uma valoração de conjunto de “soft law” internacional, com uma espécie de “*opinio iuris without concordant state practice*” (AMBOS, 2008, p. 46, negrito nosso).

Independentemente da ratificação pelo Brasil, a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-humanidade de 1968 é a manifestação formal de uma opinião jurídica que se consolidou através do costume internacional. Ela não inovou no ordenamento jurídico internacional quando tratou da imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, mas simplesmente positivou princípios gerais de direito internacional que consolidaram a norma geral e compulsória decorrente do costume internacional. Neste sentido, a Corte IDH, no “Caso Almonacid”, afirmou:

Ainda que o Chile não tenha ratificado dita Convenção [sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-humanidade] esta Corte considera que a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade surge como categoria de norma de Direito Internacional Geral (*ius cogens*), que não nasce com tal Convenção, porém está reconhecida nesta. Conseqüentemente, o Chile não pode deixar de cumprir esta norma imperativa¹³⁰.

Dessa forma, é evidente que entre 1964 a 1985, quando ocorreram os crimes praticados pela ditadura militar no Brasil, vigorava na ordem jurídica internacional a noção de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, que compõe o *jus cogens* internacional, sendo que essa norma do direito internacional é antecedente aos fatos, razão pela qual não há que se falar de aplicação retroativa desta norma.

2.2.5 O *Jus Cogens* e o Costume Internacional

Questão interessante que surge diz respeito à aplicação da norma consuetudinária internacional pelos tribunais nacionais, ainda mais numa questão sensível como a imprescritibilidade de crimes. Em princípio, a introdução de regras consuetudinárias e a sua

¹³⁰ “ 153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.

aplicabilidade na ordem jurídica nacional não encontraria maiores problemas, pois não se estaria diante das dificuldades criadas pela ambigüidade da recepção formal dos tratados internacionais, tais como a ratificação, promulgação e publicação dos tratados. Contudo, a aplicação das normas consuetudinárias internacionais pelos tribunais internos é muito menos freqüente e clara do que poderia se esperar:

Não somente a aplicação do direito consuetudinário é raramente reconhecida, mas a prática jurisdicional hesita em consagrar a superioridade da norma costumeira em relação ao direito interno e ao direito convencional.

1. *As razões da raridade dos precedentes jurisprudenciais.* São múltiplas e dependem da psicologia do juiz nacional mas sobretudo de certas particularidades processuais dos recursos contenciosos internos.

Por formação e por prudência natural (falta de familiaridade com as fontes de direito internacional, *judicial restraint*), o juiz nacional manifesta uma preferência acentuada pela aplicação das regras escritas. Por isso acolherá mais favoravelmente conclusões baseadas no costume internacional, quando este se encontra integrado numa convenção de codificação, do que se este só puder obter-se a partir de opiniões doutrinárias. Mesmo quando aceita aplicar uma norma consuetudinária, o juiz nacional hesitará em reconhecê-lo expressamente [...] (DINH et al. 2003, p.352).

Ocorre que as normas internacionais sobre direitos humanos dizem respeito ao *jus cogens* do direito internacional, isto é, direito cogente ou direito imperativo, em contraposição ao *jus dispositivum*, o direito que nasce da vontade das partes.

A admissão de um Direito Internacional imperativo representa a aceitação do princípio de que a Comunidade Internacional se assenta em “valores fundamentais” ou “regras básicas”, que compõem a “ordem pública da Comunidade Internacional” ou a “ordem pública internacional” (PEREIRA; QUADROS, 2005, p. 278).

O *jus cogens* se sobrepõe à autonomia da vontade dos Estados e não pode ser derogado quer por tratados, quer por costumes ou por princípios gerais de Direito Internacional. A matéria é prevista no tratado na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direitos dos Tratados, nos artigos 53 e 64¹³¹, que retratava um costume internacional seguido pelo Brasil até a sua incorporação ao ordenamento interno pelo Decreto Legislativo nº 469, de 17 de julho de 2009.

¹³¹ “Art. 53. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza; Art. 64. Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

As “normas de *jus cogens* passam a ser superiores a quaisquer tratados e costumes internacionais, e superiores inclusive ao próprio Direito Internacional Público, estando no ápice da hierarquia das normas da sociedade internacional” (MAZUOLLI, 2007, p. 119). Para Ian Brownlie (1997, p. 537):

A principal característica distintiva de tais regras é a sua não derogabilidade. São regras de Direito consuetudinário que não podem ser afastadas por tratado ou aquiescência, mas apenas pela formação de uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário. Os exemplos menos controversos deste tipo de regras são a proibição do uso da força, as regras sobre o genocídio, o princípio da não discriminação racial, os crimes contra a humanidade, e as regras que proíbem o comércio de escravos e a pirataria. (grifo nosso).

Por sua vez, Cançado Trindade (1999, p. 417) afirma que:

Em nossos dias, ninguém ousaria negar a ilegalidade objetiva de práticas sistemáticas de tortura, de execuções sumárias e extra-legais, e de desaparecimentos forçados de pessoas, - práticas estas que representam crimes de lesa-humanidade, - condenadas pela consciência jurídica universal, a par da aplicação de tratados. Ninguém tampouco ousaria negar que os atos de genocídio, o trabalho escravo, as práticas de tortura e dos desaparecimentos forçados de pessoas, as execuções sumárias e extra-legais, e a denegação persistente das mais elementares garantias do devido processo legal, afrontam a consciência jurídica universal, e efetivamente colidem com as normas peremptórias do *jus cogens*.

A Convenção de Viena não dá exemplos de normas de *jus cogens*, mas segundo o que modernamente se tem entendido, as normas de *jus cogens* provêm ou podem vir a provir: (i) do costume internacional; (ii) do direito convencional; (iii) dos princípios gerais de direito. E como afirma André de Carvalho Ramos (2005, p. 56-57):

[...] a Corte Internacional de Justiça reconheceu, no Parecer Consultivo relativo à Convenção de Prevenção e Repressão ao crime de Genocídio [de 1951], que os princípios protetores de direitos humanos daquela Convenção devem ser considerados princípios gerais de Direito Internacional e vinculam mesmo Estados não-contratantes.

Em 1996, também em sede consultiva, a Corte Internacional de Justiça voltou a enfatizar que os princípios de direito humanitário são princípios elementares de humanidade, pelo que todos os Estados devem cumprir essas normas fundamentais, tenham ou não ratificado todos os tratados que as estabelecem, porque constituem princípios invioláveis do Direito Internacional Consuetudinário.

Idêntica situação se verifica com a Convenção das Nações Unidas de 1968 sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, ou seja,

independentemente da não ratificação, como ocorreu com o Brasil, Argentina, Egito, Espanha, França, Itália, Holanda, China, estes países estão vinculados aos princípios que lhe são subjacentes.

Outro importante instrumento a demonstrar a força normativa dos princípios referentes aos crimes contra a humanidade, independentemente da ratificação da Convenção de 1968, foi também afirmada pela Assembléia Geral da ONU, mediante a Resolução nº 3.074, editada em 3 de dezembro de 1973. Ao apresentar os “Princípios de Cooperação Internacional na Identificação, Detenção, Extradicação e Castigo por Crimes de Guerra ou Crimes de Lesa-Humanidade”, declararam as Nações Unidas:

1. Os crimes de guerra e os crimes de lesa-humanidade, onde for ou qualquer que seja a data em que tenham sido cometidos, serão objeto de uma investigação, e as pessoas contra as quais existam provas de culpabilidade na execução de tais crimes serão procuradas, detidas, processadas e, em caso de serem consideradas culpadas, castigadas.

[...]

8. Os Estados não adotarão disposições legislativas nem tomarão medidas de outra espécie que possam menosprezar as obrigações internacionais que tenham acordado no tocante à identificação, à prisão, à extradicação e ao castigo dos culpáveis de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade.

Como as normas imperativas internacionais contêm valores fundamentais para toda a comunidade internacional, a violação a uma obrigação imperativa acarreta o interesse jurídico de toda a comunidade internacional na reparação da violação, é o que se denomina de obrigação *erga omnes*. E não é no campo das nulidades previsto pela Convenção de Viena que se encontrará uma resposta satisfatória ao ilícito praticado. É necessário se adentrar no campo da responsabilidade internacional, que será estudado no capítulo 3 desta dissertação.

Por ora, é importante se fixar o conceito de obrigação *erga omnes*. Nesse sentido, André Carvalho Ramos (2002, p. 48-50) esclarece que:

Considera-se obrigação *erga omnes* a obrigação que protege valores de toda a comunidade internacional, fazendo nascer o direito de toda a comunidade de ver respeitada tal obrigação. Assim, o conceito de obrigação internacional *erga omnes* nasce da valoração da obrigação primária, gerando como consequência *o direito por parte de todos os Estados da comunidade internacional de exigir seu respeito*. [...]

A Corte Internacional de Justiça consagrou tal termo [obrigação *erga omnes*] ao utilizá-lo na sentença sobre o caso Barcelona Traction. Em passagem memorável dessa sentença a Corte considerou que apenas as obrigações que protegessem

valores essenciais para toda comunidade internacional poderiam ser consideradas obrigações *erga omnes*.

A Corte reconheceu, então, a existência de obrigações *erga omnes* no Direito Internacional. Para a Corte, tendo em vista a importância de determinados direitos albergados em normas internacionais, todos os Estados da comunidade internacional têm interesse jurídico em sua proteção.

Dessa forma, o conceito de crime contra a humanidade e o dever de promover a responsabilização de seus autores consolidou-se no costume internacional. Sendo uma norma consuetudinária relativa a direitos humanos de aplicação universal, ela faz parte do *jus cogens* internacional e caracteriza uma obrigação *erga omnes* aos Estados. O Brasil, portanto, está vinculado internacionalmente a esse conceito e tem o dever inderrogável de promover a responsabilização criminal dos autores de tais delitos, a qualquer tempo.

A utilização da aplicação de um costume internacional não esbarra na polêmica questão da recepção dos tratados internacionais, sendo irrelevante a problemática sobre a aplicação da teoria monista ou dualista de incorporação de preceitos internacionais. Nesses casos, há uma relação direta de incorporação e convivência entre o direito internacional consuetudinário e o direito interno brasileiro.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já se utilizou da aplicação da normativa internacional para fins de integração e interpretação de uma determinada conduta típica penal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 70.389-5-SP, já evocado, bem como vem se valendo do costume internacional para resolver outras controvérsias.

Como adverte Cláudia Perrone-Moisés (2002, p. 286) “a complexidade do direito internacional penal decorre do fato de suas normas estarem dispersas em várias fontes normativas, tais como costume, resoluções, declarações, convenções e jurisprudência dos tribunais”, sendo que o costume internacional para ter efetividade no âmbito doméstico dependerá da atuação do juiz nacional.

Ocorre que em se tratando de um direito consuetudinário integrante do *jus cogens* internacional, que se revela como uma obrigação *erga omnes*, é um dever imperativo por parte dos tribunais locais de internalizarem a norma costumeira a fim de interagir com a normas internas, sob pena de violar as obrigações internacionais e gerar a responsabilidade internacional do país. Dessa forma,

os poderes do Estado, inclusive o Judiciário, não podem ignorar preceitos de Direito Internacional em decisões que repercutem na esfera internacional e que,

por isso, podem acarretar a responsabilidade internacional do Estado e da própria pessoa responsável pela decisão. Afinal, o Juiz é o Estado e atua em seu nome, sobretudo quando decide questões que interferem com a ordem internacional de observância compulsória, como as que dizem respeito aos direitos humanos, genocídio, crimes contra a humanidade e outras a que a comunidade internacional confere tal qualidade (MAGALHÃES, 2000, p. 16-17).

A Corte Máxima vem reconhecendo a norma consuetudinária internacional na ordem interna, sem maiores dificuldades, como pode ser conferido da evolução da sua jurisprudência relacionada à questão da imunidade da jurisdição de Estados estrangeiros, conforme analisou José Carlos de Magalhães (2000, p. 126-149).

Em síntese, durante muitos anos, a suprema Corte brasileira decidiu que a imunidade de jurisdição valia no Brasil por força do costume internacional e impedia o exercício do direito de ação regulado no direito interno contra Estados estrangeiros, como pode-se apreciar do parecer do então Procurador-Geral da República, Francisco Rezek, que foi adotada como razão de decidir:

“Tem-se, pois, que a imunidade daquele Estado (Japão) à jurisdição doméstica não resulta da convenção de Viena, mas de uma das mais sólidas regras costumeiras de Direito das Gentes. Nenhum Estado ignora a impossibilidade de submeter outra Nação, contra sua vontade, à condição de parte perante o Judiciário local.” (Agravo de Petição nº 56.466/DF, Rel. Min. Bilac Pinto, audiência de publicação em 19.09.1973)

Posteriormente, a jurisprudência evoluiu e passou a fazer, também com base no costume internacional, a distinção entre atos de império e atos de gestão, como pode se verificar de trecho do voto do já então Ministro Francisco Rezek:

O quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional. O que ruiu foi o nosso único suporte para a afirmação da imunidade numa causa trabalhista contra Estado estrangeiro, em razão da insubsistência da regra costumeira que se diz sólida – quando ela o era – e que assegurava a imunidade em termos absolutos (Apelação Cível¹³² n. 9.696-3/SP, Rel. Ministro Sidney Sanches, D.J., 24.10.1990)

Comentando essa evolução jurisprudencial, assim se manifestou José Carlos de Magalhães (2000, p. 143):

¹³² A competência para o julgamento, em recurso ordinário, dessas causas com a CF/88 passou para o STJ (art. 105, II, “c”), no entanto, por força do art. 27, §1º do ADCT, enquanto não fosse instalado o STJ, a competência permanecia com o STF, de acordo com o art. 119, I, “c” da Constituição Federal de 67/69.

Vê-se, desse raciocínio, que prevaleceu no plenário da Casa, que a jurisprudência brasileira mudava não porque o Brasil, como autoridade de direito internacional que é, resolvera deixar de conceder a imunidade absoluta, por razões relevantes, assim consideradas pelo país – como é o caso das reclamações trabalhistas, em que o reclamante sofria denegação de justiça, até mesmo pela impossibilidade de apresentar sua pretensão perante país estrangeiro – mas porque outros países o fizeram antes!

Além da vinculação do Brasil aos costumes internacionais por força da sua participação na comunidade internacional, o país possui norma expressa reconhecendo a força normativa e obrigatória dos princípios gerais do direito humanitário na ordem jurídica interna. Com efeito, o Brasil adere aos “princípios *jus gentium* preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública” desde 1914, quando ratificou, pelo Decreto nº 10.719/14, a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, firmada em Haia em 1907.

Muito embora, referida convenção se insira no terreno do direito humanitário em período de guerra, seu preceito encerra uma norma geral, que em virtude da convergência entre o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos, ambos com foco na proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, seus preceitos normativos interagem e se aproximam para um padrão único de concretização, ampliando o alcance da proteção devida (TRINDADE, 2003a, p. 340-434).

Desde o início do século passado, portanto, e mesmo antes do golpe de 1964 que instalou a ditadura militar no Brasil, o sistema normativo brasileiro reconhece expressamente o valor vinculante dos princípios internacionais do direito das gentes, de maneira que o direito interno positivo brasileiro possui norma expressa no sentido de reconhecer força vinculante aos princípios gerais do direito internacional (princípios *jus gentium*).

Sob vários enfoques constata-se a existência de um princípio geral, de um costume e de uma obrigação *erga omnes* internacional que consolidam o conceito de crime contra a humanidade e determinam a efetiva punição dos seus perpetradores, a qualquer tempo.

As normas do direito internacional costumeiro, relativas ao crime contra a humanidade e sua imprescritibilidade, compõem o ordenamento direito brasileiro e interagem com as normas de direito penal postas pelo legislador doméstico. Essas normas vigem desde antes do início da ditadura militar, dada a anterioridade da Resolução nº 2.338, de 1967, e da Resolução nº 95, de 1946, razão pela qual o direito penal brasileiro viu introduzido em seu

sistema o princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade por meio do direito consuetudinário internacional.

2.2.6 Inexistência de Reserva Constitucional para Disciplinar Matéria de Prescrição Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Impende observar que não há reserva constitucional a regular matéria de prescrição. A Constituição brasileira em momento algum estabeleceu um regime geral para a prescrição, tampouco a estipulou como valor objetivo fundamental. Ao contrário, tratou de demonstrar que existem crimes para os quais é inadmissível a aplicação do instituto da prescrição (racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático). Esse é o entendimento do STF, fixado no Recurso Extraordinário nº 460.971/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence:

[...] II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado - C. Pr. Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96. 1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C. Pr. Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. **3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses.** 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C. Pr. Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, ‘do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão. [...] (negrito nosso, julgado em 13/02/2007; 1ª Turma, unânime)

No âmbito infraconstitucional, da lei federal ordinária é que se estipula o alcance da prescrição, não havendo nenhum impedimento para que o legislador ordinário defina outros crimes, a par daqueles expressamente apontados na Constituição, em face dos quais não se aplicam os prazos prescricionais, ou os benefícios da graça, do indulto e da anistia¹³³.

¹³³ CF/88, Art. 5º: “XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática

Independentemente do *status* hierárquico que se dê aos preceitos de direito internacional no plano do direito interno, as disposições internacionais que levam à qualificação dos crimes praticados pela ditadura brasileira como crimes contra a humanidade e, portanto, imprescritíveis (as quais são de observância obrigatória pelo Brasil), são aptas a conformar o regime geral e ordinário da prescrição.

O Código Penal, ao disciplinar a prescrição, não afasta a incidência de normas imperativas para a comunidade internacional e que fixam o dever estatal de responsabilização por crimes contra a humanidade a qualquer tempo. O princípio de direito internacional da imprescritibilidade dos crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade é uma regra especial em relação aos prazos de prescrição previstos no Código Penal ou em leis esparsas ordinárias, aplicáveis aos delitos comuns, que prevalece quando estes são caracterizados como crimes contra a humanidade.

Não é só o direito internacional que impõe a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, porquanto a Constituição brasileira de 1988 também assim estabelece no que se refere às reivindicações envolvendo graves violação de direitos humanos, conforme célebre precedente do STF, no “caso Ellwanger” que, apesar de se referir ao crime de racismo, as bases éticas se aplicam a outras graves violações de direitos humanos:

[...] 15. Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento’. No Estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. (STF, Pleno, HC 82.242/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, D.J., 11.10.02).

Vejamos agora, como as leis de anistia, outro óbice para a responsabilização de perpetradores, vêm sendo encaradas pelo direito internacional.

da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.”

2.3 A ANISTIA DE “DUPLA VIA” NO DIREITO INTERNACIONAL

Mesmo após a instituição e expansão do sistema de justiça internacional penal, muitos Estados utilizaram-se da anistia como mecanismo de escolha para auxiliar as próprias transições políticas depois de um período ditatorial, que acabaram se transformando num manto de impunidade para os responsáveis das violações dos direitos humanos.

Foi o que se verificou com a anistia brasileira, lei nº6.683/79, concedida pelo próprio regime ditatorial, utilizando-se do argumento do mal menor, para os agentes estatais, vez que este mal seria justificável em prol de uma transição pacífica para a democracia. A lei brasileira, que anistiava tanto os crimes políticos, praticados pelos cidadãos contra o Estado, quanto as violações dos direitos humanos, perpetradas pelo Estado contra seus cidadãos, foi reconhecida como de lei de anistia de “mão dupla” ou de “dupla via”.

No entanto, é necessário se distinguir as leis de anistia oferecidas pelos Estados aos seus opositores, normalmente por crimes políticos, daquelas que concedem imunidade ao próprio Estado pelos atos cometidos por seus agentes. Somente as primeiras inserem-se nos direitos do soberano, que não pode estendê-las quando os seus agentes são os autores dos crimes. Assim, o Estado, como vítima, pode anistiar, mas quando é cúmplice do perpetrador não o pode¹³⁴.

Ademais, é princípio geral de direito internacional, firmado no julgamento do caso das fronteiras entre Iraque e Turquia, pela Corte Permanente de Justiça Internacional, sucedida pela Corte Internacional de Justiça, em 1925, que ninguém pode ser o juiz de seu próprio processo, *judex in causa sua*, e a concessão de anistia aos agentes do próprio Estado equivaleria a um julgamento pelo mesmo do seu próprio caso.

O direito internacional e os direitos internos dos Estados em momentos de graves comoções permitem ou até mesmo exigem a aplicação de anistias. Em linhas gerais, pode-se afirmar que as anistias aplicadas num contexto de conflitos armados não-internacionais encontram seu fundamento de validade no direito internacional humanitário, enquanto aquelas concedidas em tempo de paz fundam-se no direito internacional dos direitos humanos.

¹³⁴ Esse assunto também foi abordado no item 1.5.1.

O direito internacional humanitário é expresso ao promover o uso da anistia ao final de um conflito armado, num dos principais instrumentos do direito internacional humanitário – o Protocolo Adicional nº II às Convenções de Genebra de 1949 relacionado à proteção das vítimas de conflitos armados não-internacionais, de 8 de junho de 1977¹³⁵. Contudo, este Protocolo¹³⁶ declara expressamente que ele “não se aplica às situações de tensão internas e distúrbios internos, tais como aos motins, os atos esporádicos de violência e outros atos análogos que não são considerados conflitos armados”, art. 1º (2).

Por essa razão, faz-se necessário distinguir um conflito armado não-internacional de uma tensão interna. Celso Lafer (2001, p. 197-198), ao examinar a questão da resistência violenta à opressão no mundo contemporâneo, à luz do princípio da autodeterminação dos povos, afirmava que os movimentos de libertação nacional, inseridos no processo de descolonização da África qualificavam-se no âmbito do conflito internacional e, por essa razão, estavam sujeitas às regras do direito internacional humanitário. Já o terrorismo político, entendido como tal a “prática de grupos e indivíduos que se valem da violência contra bens e pessoas para, ao provocarem o terror, contestar as autoridades estabelecidas” apresentaria

problemas complexos para a vigência e a eficácia das normas do *jus in bello*, pois estas foram concebidas para a guerra convencional. Por isso, ajustam-se com dificuldade a uma guerra não-convencional, que não tem uma frente militar claramente definida; que não oferece uma distinção nítida entre combatentes e população civil [...] (LAFER, 2001, p 197).

As situações que configuram as tensões internas, tais como atos de revolta e violência praticados por grupos relativamente organizados, se insurgindo contra as autoridades ou brigando entre si, são diferentes daquelas abarcadas pelos conflitos armados não-internacionais, nos quais a violência é muito mais intensa.

Para que o Protocolo Adicional nº II às Convenções de Genebra, de 1977, tenha incidência é necessário que os revoltosos sejam reconhecidos como beligerantes, isto é, que

¹³⁵ Art. 6 (5): “Quando da cessação das hostilidades, as autoridades no poder procurarão conceder a mais ampla anistia às pessoas que tiverem tomado parte no conflito armado, ou que estiverem privadas de sua liberdade por motivos relacionados com o conflito armado, quer estejam internadas ou detidas”.

¹³⁶ O art. 1 (1) do Protocolo nº II de 1977, Adicional às Convenções de Genebra de 1949, estabelece que este se aplica aos conflitos que se desenrolem em território de uma Alta Parte contratante, entre suas forças armadas e as forças armadas dissidentes, ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comandante responsável, exerçam sobre uma parte de seu território um controle tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e concertadas.

tenham um comando responsável e domínio de uma parte do território, de maneira que ele só será aplicado em “conflitos de grande intensidade” (MELLO, 1997, p. 167).

Somente se o conflito descambar e tomar proporções em que as forças organizadas de ambos os lados tomem o controle de parte do território nacional, é que as regras do referido Protocolo II passam a ser aplicáveis, as quais estabelecem a proteção às vítimas de conflitos armados não-internacionais.

Os militares do período da ditadura no Brasil tinham consciência dessa implicação jurídica e procuravam não deixar que a tensão interna se degenerasse para um conflito armado não-internacional, a fim de evitar que se aplicasse os influxos da normativa internacional humanitária das Convenções de Genebra, conforme relatou aos estagiários, em 16 de abril de 1971, o coronel Germano Seidl Vidal, adjunto da Divisão de Assuntos Doutrinários da Escola Superior de Guerra, o trabalho intitulado *Segurança interna – Guerra revolucionária*, onde informou:

A situação de fato é que impõe a plena aplicação violenta do poder, ainda no quadro restrito da segurança interna, sem dar ao contendor a caracterização de beligerante para a aplicação dos princípios jurídicos internacionais (apud GASPARI, 2002b, p. 314).

Num período de tensão interna, os defensores dos direitos humanos com base no direito internacional dos direitos humanos, normalmente, apontam que as graves violações dos direitos humanos deveriam ser submetidas à persecução criminal e à punição e se mostram terminantemente contrários à anistia¹³⁷. “Em resumo, a legislação internacional agora impõe aos Estados uma obrigação *erga omnes* de investigar e processar crimes contra a humanidade, mesmo que isso signifique a anulação de leis de anistia e ofereça algum risco de contra-revolução”¹³⁸ (ROBERTSON, 2006, p. 311, tradução nossa). Em contrapartida, o direito internacional humanitário, que trata sobre o direito aplicável em conflitos armados, favorece a liberação dos prisioneiros e a concessão de anistias para todos os combatentes que participaram de uma determinada hostilidade.

¹³⁷ O posicionamento do Comitê Internacional da Cruz Vermelha a respeito das Convenções de Genebra confirmou que as anistias mencionadas no Protocolo Adicional nº II, de 1977, foram feitas para serem aplicadas somente àqueles que participaram de hostilidades e, não, para os que violaram o direito internacional (FRULLI, 2004, p. 313).

¹³⁸ “*In summary, international law now imposes an erga omnes obligation on states to investigate and prosecute crimes against humanity, even if this means rejecting or annulling amnesty laws and taking some risk of counter-revolution.*”

Como esclarece Lucia Bastos (2009, p. 203-204) a justificativa da anistia de “mão dupla” ou de “duas vias” somente se coaduna com os objetivos do direito internacional humanitário, ou seja, quando há efetivamente a formação de um conflito, que opõe grupos armados, e domínio de partes do território e que, ao final, beneficiam-se ambos os lados. Por outro lado, ela não é aplicável no caso de uma tensão interna, como a que ocorreu no caso da ditadura militar brasileira, cujas revoltas, como veremos a seguir, não chegaram a comprometer os alicerces do Estado que foi chamado a contê-lo, razão pela qual é aplicável o direito internacional dos direitos humanos que defende a persecução penal daqueles que agiram em desacordo com a normativa internacional.

2.3.1 A Teoria dos “Dois Demônios”

No período de regime militar propagou-se a versão de que os crimes da ditadura seriam parte da reação do Estado aos grupos armados apresentados como artífices de uma guerra que, por se utilizar de práticas terroristas, assalto a banco, seqüestro, guerrilha, teriam provocado o excesso. É como se a “sujeira” da luta armada tivesse justificado a “sujeira” da repressão do Estado. Essa versão ficou conhecida como a tese da “guerra suja” ou teoria dos “dois demônios”, que justificaria a violência do Estado e a aplicação da lei de anistia a todos os envolvidos, sem distinção entre os membros da luta armada e os torturadores do Estado.

Ocorre que, sob esse enfoque, a anistia de duas vias subverte a concepção histórica da conquista dos direitos humanos, que foram concebidos como uma reivindicação do povo para limitar o arbítrio do poder do Estado. Essa limitação, que se deu inicialmente no âmbito interno dos Estados, paulatinamente se estendeu para o âmbito internacional, justamente pela insuficiência de relegar a proteção de tais direitos apenas à órbita doméstica dos Estados.

Dessa forma, não se pode equiparar as violações dos direitos humanos praticados por agentes do Estado, com as ações dos grupos de esquerda dissidentes do regime, sob pena de uma subversão da própria concepção de direitos humanos e do seu verdadeiro alcance. Os crimes de terrorismo ou outras ações ilegítimas praticadas por motivações políticas não podem ser utilizados como justificativas para as violações dos direitos humanos perpetradas

pelos agentes dos Estados (MERA apud BASTOS, 2009, p. 197), como se representassem uma troca para se alcançarem concessões¹³⁹. E essa lógica não só se aplica ao crimes políticos e ao combate ao terrorismo, como também à criminalidade comum, embora seja rechaçada por parcela da população, pois o Estado, a pretexto de combater a criminalidade, não pode solapar as liberdades públicas de quem quer seja¹⁴⁰.

O perigo é que, ao se privilegiar essas considerações políticas, a impressão que restou é que, ao invés do terror de Estado, o que aconteceu no Brasil foi uma luta entre grupos rivais, como se configurasse um conflito armado nos termos do direito internacional humanitário, que, chegando ao fim, justificasse a aplicação de uma anistia. Essa constatação desvaloriza a busca pela verdade, não apenas em relação às graves violações aos direitos humanos mas também no tocante aos sérios crimes que foram cometidos por cidadãos contra o Estado e das Forças Armadas (BASTOS, 2009, p. 197).

Os grupos de esquerda que pegaram em armas e cometeram crimes contra as forças de segurança públicas nunca tiveram uma organização e resistência que fosse capaz de criar uma situação na qual as regras do direito internacional humanitário fossem aplicadas no país. O Estado nunca esteve ameaçado, nem os atos desses grupos incutiram na população um sentimento de terror por conta de seus atos.

Nas palavras do general Fiúza de Castro, o “país se preparou para matar mosca com martelo-pilão” (apud D´ARAÚJO et al., 1994, p. 20). Para Elio Gaspari (2002b, p. 18):

No caso brasileiro, faltou ao surto terrorista a dimensão que lhe foi atribuída. Só no segundo semestre de 1970 explodiram 140 bombas nos Estados Unidos, número superior, de longe, a todas as explosões ocorridas no Brasil. Em 1971, na Irlanda, detonaram-se mais de mil bombas, e as forças de segurança perderam

¹³⁹ “A alegação de que os opositores seriam ‘subversivos e terroristas’ supostamente legitimaria a repressão e mesmo o ‘excesso’ da tortura e do desaparecimento. Se tal alegação fosse correta, ainda teria o problema de que o implícito neste tipo de escolha é que ao preferir o mal menor, de fato, escolhe-se o mal, tendo como pano de fundo o consentimento por parte da população em geral. Falamos da tortura e da repressão de pessoas que resistiram à ditadura, ainda que com o recurso à violência. Se há a concordância passiva, como fez boa parte da população, de que o torturado é um terrorista, o consentimento à repressão aumenta. A repetição de tal postura ocorre nos dias atuais: se é para matar e torturar ‘bandidos’ tudo é permitido, ainda que seja um excesso” (TELES, 2007, p. 87).

¹⁴⁰ Interessante é a observação de Teresa Caldeira (2003, p. 344-345), em *Cidade de muros – crime, segregação e cidadania em São Paulo*: “Embora a violação dos direitos humanos seja comum no mundo contemporâneo, opor-se aos direitos humanos e concebê-los como algo ruim, mesmo reprovável, no contexto de uma democracia política é algo único. Entender como isso foi possível e como os direitos humanos foram transformados de direitos legítimos em ‘privilégios de bandidos’ é entender vários elementos da cultura e da vida política brasileira. [...] Defensores de direitos humanos não foram estigmatizados no passado, quando os casos que defendiam eram os de presos políticos de classe média e quando a abertura estava apenas começando. [...] Depois que a Lei de Anistia foi aprovada em 1979 e os presos políticos foram libertados, e à medida que a democracia eleitoral começou a se consolidar, grupos defensores dos direitos humanos [...] voltaram sua atenção e ação para os presos comuns, que continuam a ser torturados e forçados a viver em condições degradantes até os dias atuais. [...] No entanto, a idéia de se garantir direitos humanos a ‘criminosos’ revelou-se inaceitável para a maioria dos moradores de São Paulo”.

59 homens em combate. Em nenhum dos dois países a tortura foi transformada em política de Estado¹⁴¹.

A tese de que a repressão existiu em virtude da “guerra suja” entre “dois demônios”, quando analisada sob o conceito de “crimes contra a humanidade” previsto no direito internacional, não procede, pois seria um equívoco

equiparar os crimes cometidos pela repressão aos crimes dos grupos armados de esquerda. Esta teoria é a chamada dos “dois demônios” que colocando todos na mesma categoria desconsidera que os crimes cometidos pela repressão, por terem se apropriado dos meios públicos, isto é, utilizado a máquina estatal para torturar e executar opositores constituem crimes contra a humanidade que não são passíveis de anistia, prescrição ou qualquer outra forma de esquecimento (PERRONE-MOISÉS, 2007).

Para análise aqui empreendida é preciso não se perder de vista que o objeto do direito penal internacional são os macro-acontecimentos que se diferenciam qualitativamente das conhecidas formas comuns e especiais de criminalidade (terrorismo, criminalidade de entorpecentes, criminalidade econômica, etc) devido as condições políticas de exceção e ao papel ativo que desempenha o Estado (AMBOS, 2008, p. 54). À intervenção, tolerância, omissão ou até o fortalecimento estatal de comportamentos macrocriminais torna-se imperiosa a inclusão do complemento “política”. Assim, macrocriminalidade política:

significa, em *sentido estrito*, “criminalidade fortalecida pelo Estado”, “crime coletivo politicamente condicionado” ou – com menor precisão – crimes de Estado, terrorismo de Estado ou criminalidade governamental. Trata-se de criminalidade “estatal interna”, ou seja, de uma criminalidade orientada para dentro, contra os próprios cidadãos (AMBOS, 2008, p. 55).

O terrorismo internacional também pode constituir um *crime de guerra*, desde que haja uma relação com um contexto de conflito armado, ou um *crime contra a humanidade*, se

¹⁴¹ Analisando os crimes praticados pela esquerda armada, Gaspari (2002b, p. 161-162) afirma que: “Pode-se ter uma visão do que aconteceu ao terrorismo brasileiro nos 23 meses que vão de agosto de 1968 ao fim do primeiro semestre de 70 buscando-se o paradeiro dos militantes envolvidos nas cinco principais ações terroristas do período, a saber: 1. o assalto ao trem pagador da ferrovia Santos-Jundiaí (10 de agosto de 1968), pela ALN; 2. o ataque ao QG do II Exército (26 de julho de 1968), pela VPR; 3. o assassinato do capitão Chandler (12 de outubro de 1968), pela VPR; 4. o roubo do cofre de Adhemar de Barros (11 de maio de 1969), pela VAR-Palmares, derivada da VPR e do Colina e, 5. o sequestro de Elbrick (4 de setembro de 1969), pelo condomínio da Dissidência Universitária com a ALN. Essas cinco ações foram organizadas por quatro grupos, e delas participaram 46 militantes. Um levantamento do destino de 44 deles mostra que no final de junho de 1970, menos de um ano depois do seqüestro de Elbrick, seis estavam mortos, 21 presos e dez haviam deixado o país. Dos sete restantes, dois morreriam e um seria capturado antes do final de 1970. Sobravam quatro. Dois estavam desconectados das organizações e outro exilou-se em 1971. Vivo e atuante, só um, que seguira para Cuba. Retornou ao Brasil e foi assassinado em 1972”

reunir os requisitos próprios desta categoria, bem como haja por parte dos terroristas a consciência da prática generalizada ou sistemática do terrorismo¹⁴² (CASSESE, 2005, p. 450, tradução nossa).

Por isso é que, em um sentido *amplo*, o conceito de macrocriminalidade política compreende os crimes internacionais realizados com atores *não estatais*. A existência fática de grupos não estatais que cometem crimes internacionais constitui o argumento decisivo em favor de uma compreensão mais extensa do conceito de macrocriminalidade, caso contrário, explica Kai Ambos (2008, p. 56):

ficariam sem proteção as vítimas não estatais, pois o direito penal nacional a nega nestes casos. Um exemplo: se a organização guerrilheira colombiana FARC, a mais antiga e maior da América Latina, na zona de distensão estabelecida pelo Estado (entre 7/11/1998 a 7/2/2001 na zona do Caguán durante o governo do presidente Pastrana) – ou em outras zonas sob seu controle – cometesse crimes contra a humanidade e crimes de guerra, então não teria sentido que as vítimas desses crimes se remetessem às instituições estatais, pois estas não estão presentes fisicamente e não têm nenhum tipo de influência sobre os autores. Aqui, só poderia ajudar, se é que pode, a direta atribuição de responsabilidade jurídico-penal aos mesmos grupos responsáveis, isto é, a seu chefe e a seus membros.

A compreensão ampla de macrocriminalidade, objeto do direito penal internacional, sustenta-se na concepção dos crimes internacionais, tais como positivadas nos artigos 6º, 7º e 8º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI) – crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Deisy Ventura (2009) assim se manifestou sobre a “teoria dos dois demônios”:

Num Brasil gravemente acometido de amnésia seletiva, o debate encontra-se turbado pela estapafúrdia tese do "vale para os dois lados" -isto é, rever a anistia dos militares implicaria necessariamente rever a dos subversivos, ditos "terroristas". Urge, portanto, repelir a idéia de que a anistia vale tanto para torturados quanto para torturadores.

[...] Há quem reconheça como jurista só aquele que o defende. Porém, o direito aqui é cristalino. O Estado detém o monopólio da violência legítima. Dele apropriando-se ilegitimamente e agindo em seu nome, "autoridades" dispuseram de recursos estatais para promover sistematicamente a tortura, que resultou, em numerosos casos, na execução sumária, agravada pela ocultação de cadáver.

¹⁴² “ *International terrorism may constitute either a war crime (if perpetrated within an armed conflict), or a crime against humanity (if it meets the requirements proper to this category...)[...]. Furthermore, for terrorism as a war crime, it is required that there be a link with an ongoing armed conflict, whereas terrorism as a crime against humanity requires the existence of a widespread or systematic practice. [...] In addition, when a terrorism amounts to a crime against humanity, the awareness of a widespread or systematic practice of terrorism is also required.*”

Depois, o poder estatal garantiu-lhes acordo leonino, pelo qual crimes comuns, entre eles o estupro, foram interpretados como se políticos fossem.

E sobre o “terrorismo de Estado”, José Cretella Neto adverte (2008, p. 40-41):

Alguns autores com boa dose de razão consideram que o terrorismo de Estado – ou seja, financiado ou apoiado por Estados – é o mais mortífero, chamando a atenção para o fato de que os Estados que praticam, eles próprios, atos terroristas como política de governo, ou apóiam grupos terroristas são, invariavelmente, anti-democráticos. [...] Os Estados, compreensivelmente, evitam o rótulo de “terroristas” para designar os atos que cometem, invocando a exceção de “legítima defesa” (*self defense*). Usam também as expressões “segurança”, “lei e ordem” e, evidentemente, “luta contra o terrorismo”. Estados que assim procedem tendem a rotular seus inimigos de “terroristas” para evitar o diálogo político bem como justificar a repressão à dissidência¹⁴³.

No já citado “Caso Goiburú v. Bolívia”, a Corte IDH teve a oportunidade de se manifestar sobre o “terrorismo de Estado” praticado no contexto da Operação Condor. Cançado Trindade, em seu voto-vista, registrou que a sentença da Corte neste caso reconheceu que “os fatos provados constituem uma clara *situación de terrorismo de Estado*. A Corte reconhece ademais a assustadora inversão dos fins do Estado que isto implicou (configurando, uma vez mais [...] a sombria *contraposición entre o Estado e a nação*)”¹⁴⁴.

Destarte, se se entender que os crimes praticados pelos grupos da esquerda armada no Brasil também se enquadram no conceito de crimes contra a humanidade poderia se cogitar de ainda se responsabilizar os autores desses atos. Por outro lado, o objetivo da dissertação é averiguar se a omissão por parte do Estado brasileiro em investigar e punir os agentes estatais pelos crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar configura um ilícito internacional, passível de responsabilização do país no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo que não existiu a mesma omissão do Estado brasileiro na persecução penal dos crimes cometidos pelos grupos de esquerda naquela época.

¹⁴³ Acerca do terrorismo de Estado, a resolução 39/159, da Assembléia Geral, de 17/12/1984, exige que “todos os Estados se abstenham de adotar medidas visando à intervenção e à ocupação militares, mudanças impostas pelo uso da força ou pelo enfraquecimento do sistema sócio-político dos Estados, pela desestabilização e derrubada de seus governos e, em particular, se abstenham de iniciar ações militares com estas finalidades sob qualquer pretexto, bem como cessem imediatamente qualquer ação desse tipo se estiver ocorrendo”.

¹⁴⁴ “15. *La presente Sentencia de la Corte reconoce que los hechos probados constituyen una clara situación de terrorismo de Estado. La Corte reconoce además la asustadora inversión de los fines del Estado que esto ha implicado (configurando, una vez más, a mi modo de ver, la sombría contraposición entre el Estado y la nación)*”.

Nesse sentido, vale lembrar que ficaram de fora da anistia brasileira os condenados pelos crimes mais graves, tais como terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal (art. 1º, §2º). Outrossim, já em 1979, quase todos os opositores que não tinham sido mortos ou estavam desaparecidos, já haviam sido processados, presos, banidos ou exilados. Para estes, a anistia serviu para rever condenações impostas com base nas leis de exceção, bem como para conceder a libertação do cárcere ou autorização de retorno ao país e à família¹⁴⁵.

Registre-se, por fim, que as denúncias existentes no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos referem-se às pessoas que não encontraram ressonância na sua busca por justiça no âmbito interno de seus países e, por isso, foram buscar à responsabilização internacional desses Estados por não terem investigado e punido os autores dos crimes dos quais foram vítimas.

2.3.2 A Invalidez das “Auto-Anistias” no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Como visto, não são todas as leis de anistia que são inválidas à luz do direito internacional. Essas leis encontram-se submetidas a limites relativamente claros impostos pelo direito penal internacional e pelo direito internacional dos direitos humanos. Uma anistia geral, no caso de graves violações de direitos humanos, e que vise somente favorecer as forças de segurança, como no caso da lei brasileira nº 6.683/79, é flagrantemente contrária ao direito internacional e não tem o condão de impedir a persecução penal dos responsáveis por crimes contra a humanidade.

Várias leis de auto-anistia já foram confrontadas tanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que são os órgãos responsáveis pela condução das investigações judiciais nesses casos, que

¹⁴⁵ Em 20 de novembro de 1979, o presidente Figueiredo assinou o decreto nº 84.223 concedendo indulto e reduzindo as penas aos cerca de 20 presos políticos que ainda cumpriam pena no país. O indulto beneficiou todos os condenados a penas de até quatro anos de prisão e que, até 25 de dezembro daquele ano já tivessem cumprido, no mínimo, um terço da pena (no caso de réus primários) ou metade dela (para os reincidentes). Os condenados a penas superiores, inclusive os punidos com base na Lei de Segurança Nacional, foram beneficiados com a redução dessas mesmas penas, que em vários casos significou a liberdade imediata. O decreto alcançava até mesmo os punidos por homicídio qualificado, roubo e seqüestro.

acabaram por considerá-las inválidas, concedendo às vítimas o direito à indenizações pelas graves violações dos direitos humanos com a conseqüente responsabilização internacional dos Estados que as editaram.

Assim, na histórica sentença proferida no “Caso Barrios Altos v. Peru”, sentença de mérito de 14 de março de 2001, a Corte IDH declarou que “são inadmissíveis as disposições de anistia”, em virtude da manifesta incompatibilidade entre as leis de auto-anistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, razão pela qual as mencionadas leis “carecem de efeitos jurídicos e não podem continuar representando um obstáculo para a investigação dos fatos [...] nem para a identificação e castigo dos responsáveis”¹⁴⁶. Neste julgamento, o juiz brasileiro Cançado Trindade apresentou voto-vista, em que fundamentou:

5. As denominadas auto-anistias são, em suma, uma afronta inadmissível ao direito à verdade e ao direito à justiça (passando pelo próprio acesso à justiça). São elas manifestamente incompatíveis com as obrigações gerais - indissociáveis - dos Estados-Partes na Convenção Americana de respeitar e garantir os direitos humanos por ela protegidos, assegurando o livre e pleno exercício dos mesmos (nos termos do artigo 1(1) da Convenção), assim como de adequar seu direito interno à norma internacional de proteção (nos termos do artigo 2 da Convenção). Ademais, afetam os direitos protegidos pela Convenção, em particular os direitos às garantias judiciais (artigo 8) e à proteção judicial (artigo 25).

6. Há que se levar em conta, em relação às leis de auto-anistia, que sua legalidade no plano do direito interno, ao provocar a impunidade e a injustiça, encontra-se em flagrante incompatibilidade com a norma de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, acarretando violações de jure dos direitos da pessoa humana. O corpus juris do Direito Internacional dos Direitos Humanos coloca em destaque o fato de que nem tudo o que é legal no ordenamento jurídico interno é também no ordenamento jurídico internacional, sobretudo quando estão em jogo valores superiores (como a verdade e a justiça). Na realidade, o que denomina leis de anistia, e particularmente a modalidade perversa das chamadas leis de auto-anistia, ainda que se considerem leis sob um determinado ordenamento jurídico interno, não são no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁴⁷.

¹⁴⁶ “41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía[...]; 44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.

¹⁴⁷ “ 5.Las llamadas autoamnistías son, en suma, una afrenta inadmisibile al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia)¹⁴⁷. Son ellas manifestamente incompatibles con las obligaciones generales - indisociables - de los Estados Partes en la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos por ella protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos (en los términos del artículoI(1) de la Convención), así como de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección (en los términos del artículo 2 de la Convención). Además, afectan los derechos protegidos por la Convención, en particular los derechos a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25). 6. Hay que

No já mencionado “Caso Almonacid v. Chile”, a Corte IDH assentou que:

107. [...] o Secretário Geral das Nações Unidas assinalou que considerando as normas e os princípios das Nações Unidas, os acordos de paz aprovados por ela nunca podem prometer anistias por crimes de lesa-humanidade.

108. A adoção e aplicação de leis que outorgam anistia por crimes de lesa-humanidade impede o cumprimento das obrigações assinaladas. O Secretário-Geral das Nações Unidas, em seu informe sobre o estabelecimento do Tribunal Especial para Serra Leoa, afirmou que ‘[a]inda que seja reconhecido que a anistia é um conceito jurídico aceito e uma amostra de paz e reconciliação no fim de uma guerra civil ou de um conflito armado interno, as Nações Unidas mantêm sistematicamente a posição de que a anistia não pode ser concedida com relação a crimes internacionais como o genocídio, os crimes de lesa-humanidade ou as infrações graves do direito internacional humanitário’.

109. O Secretário-Geral também informou que não se reconheceram efeitos jurídicos à anistia concedida em Serra Leoa, ‘dada a sua ilegalidade conforme o direito internacional’. Com efeito, o artigo 10 do Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa dispôs que a anistia concedida a pessoas acusadas de crimes de lesa-humanidade, infrações ao artigo 3 dos Convênios de Genebra e Protocolo Adicional II, assim como outras infrações graves ao direito internacional humanitário, ‘não constituirá um impedimento para [seu] processamento’.

Neste caso, em seu voto-vista, Cançado Trindade asseverou:

7.[...] as auto-anistias não são verdadeiras leis, porquanto desprovidas do necessário caráter genérico destas, da idéia do Direito que as inspira (essencial inclusive para a segurança jurídica), e de sua busca do bem comum. Nem sequer buscam a organização ou regulamentação das relações sociais para a realização do bem comum. Tudo o que pretendem é subtrair da justiça determinados fatos, encobrir violações graves de direitos, e assegurar a impunidade de alguns. Não satisfazem os mínimos requisitos de leis, tudo pelo contrário, são aberrações antijurídicas. [...]

10. [...] as auto-anistias são, ao meu modo de ver, a própria negação do Direito. Violam abertamente princípios gerais de direito, como o acesso à justiça (que em minha concepção pertencem ao domínio do *jus cogens*), a igualdade perante a lei, o direito ao juiz natural, entre outros. Em alguns casos, encobriram inclusive crimes contra humanidade e atos de genocídio. Na medida em que impedem a realização da justiça por crimes de tamanha gravidade, as auto-anistias são violatórias do *jus cogens*. [...]

tener presente, en relación con las leyes de autoamnistía, que su legalidad en el plano del derecho interno, al conllevar a la impunidad y la injusticia, encuéntrase en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acarreado violaciones de jure de los derechos de la persona humana. El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

21. Em última instância, as auto-anistias violam os direitos à verdade e à justiça, desconhecem cruelmente o terrível sofrimento das vítimas, obstaculizam o direito a reparações adequadas. Seus efeitos perversos, a meu modo de ver, permeiam todo o corpo social, com a conseqüência da perda da fé na justiça humana e nos verdadeiros valores, e uma perversa distorção dos fins do Estado. Originalmente criado para a realização do bem comum, o Estado passa a ser um ente que extermina membros de segmentos de sua própria população (o mais precioso elemento constitutivo do próprio Estado, seu *substratum* humano) ante a mais completa impunidade¹⁴⁸.

Existe, deste modo, uma posição unificada do sistema universal e do sistema interamericano de considerar que as leis de anistia e de auto-anistia que impedem a investigação e a punição das graves violações de direitos humanos e dos crimes de lesa-humanidade são contrárias a princípios de aplicação universal e violam tratados internacionais de direitos humanos, entre eles o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A proibição às auto-anistias está contida nos preceitos do *jus cogens*, os quais impedem os Estados participantes da comunidade internacional de adotarem disposições legislativas, razão pela qual a interpretação de que a lei nº 6.683/79 anistiou os agentes estatais que atuaram na repressão viola preceitos imperativos do direito internacional de observância obrigatória (obrigação *erga omnes*).

Relacionaremos a seguir os poucos casos no Brasil em que se tentou investigar os crimes praticados pela ditadura militar e os motivos de seus insucessos e, a seguir,

¹⁴⁸ “7[...] *Las autoamnistías no son verdaderas leyes, por cuanto desprovistas del necesario carácter genérico de éstas, de la idea del Derecho que las inspira (esencial inclusive para la seguridad jurídica), y de su búsqueda del bien común. Ni siquiera buscan la organización o reglamentación de las relaciones sociales para la realización del bien común. Todo lo que pretenden es sustraer de la justicia determinados hechos, encubrir violaciones graves de derechos, y asegurar la impunidad de algunos. No satisfacen los mínimos requisitos de leyes, todo lo contrario, son aberraciones antijurídicas. 10. [...] las autoamnistías son, a mi modo de ver, la propia negación del Derecho. Violan abiertamente principios generales del derecho, como el acceso a la justicia (que en mi concepción pertenece al dominio del jus cogens), la igualdad ante la ley, el derecho al juez natural, entre otros. En algunos casos, han encubierto inclusive crímenes contra la humanidad y actos de genocidio. En la medida en que impiden la realización de la justicia por crímenes de tamaño gravedad, las autoamnistías son violatorias del jus cogens.[...] 21. En última instancia, las autoamnistías violan los derechos a la verdad y a la justicia, desconocen cruelmente el terrible sufrimiento de las víctimas, obstaculizan el derecho a reparaciones adecuadas. Sus efectos perversos, a mi modo de ver, permean todo el cuerpo social, con la consecuente pérdida de fe en la justicia humana y en los verdaderos valores, y una perversa distorsión de los fines del Estado. Originalmente creado para la realización del bien común, el Estado pasa a ser un ente que extermina miembros de segmentos de su propia población (el más precioso elemento constitutivo del propio Estado, su *substratum* humano) ante la más completa impunidad”.* O mesmo entendimento foi adotado pela Corte IDH no também já mencionado Caso La Cantuta v. Perú, sentença de 29 de novembro de 2006, e também explanado no voto-vista de Cançado Trindade.

procuraremos compreender o porquê desta situação de total impunidade, que não se deve somente à lei nº 6.683/79.

2.4 AS TENTATIVAS DE INVESTIGAR E PUNIR OS CRIMES DA DITADURA MILITAR

A primeira tentativa de exercício da persecução penal relacionada a crimes da ditadura militar refere-se ao clamoroso episódio de tortura e morte do sargento do Exército Manoel Raymundo Soares, que ficou conhecido como o “caso das mãos amarradas”, pois seu corpo foi encontrado boiando com as mãos amarradas no Rio Jacuí, em 24.08.1966. Na “batalha jurídica” travada na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, cujos autos encontra-se arquivado no Museu Judiciário daquele Estado, destaca-se o “Relatório Tovo”, de autoria do Promotor de Justiça Paulo Cláudio Tovo, documento de suma importância por ter sido o primeiro a narrar os acontecimentos de então de forma articulada e contundente. Em primeira instância os acusados foram impronunciados pela Vara do Júri de Porto Alegre e o acórdão de 01.10.1975 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que pese as contundentes provas nos autos, manteve a sentença de impronúncia¹⁴⁹.

A segunda tentativa de exercício da persecução penal relacionados a crimes da ditadura militar, refere-se a um pedido de punição de três torturadores que cegaram, em fevereiro de 1976, em um presídio de Aracaju, o então preso político Milton Coelho de Carvalho, que tramitou no Superior Tribunal Militar (STM). O pedido foi julgado improcedente pelo juiz auditor da VI Circunscrição Militar, a despeito da violência comprovada nos autos contra Carvalho, por força da aplicação da lei de anistia 6.683/79 (OTTO apud MEZAROBBA, 2007b, 343).

A terceira tentativa diz respeito ao caso de Vladimir Herzog. No ano de 1992, o Ministério Público de São Paulo, por meio do coordenador da 1ª Promotoria do Júri da cidade de

¹⁴⁹ A viúva de Manoel Raymundo Soares, Elizabeth Chalupp Soares, ajuizou ação de indenização na Justiça Federal em agosto de 1973 contra União, o Estado do Rio Grande do Sul e militares do Exército brasileiro. A ação foi julgada, parcialmente procedente em face da União, somente em 11.12.2000 e em grau de apelação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 12.09.2005 (Apelação cível nº 2001.04.01.085202-9/RS). A ação ainda não transitou em julgado, em virtude da interposição de Recurso Especial pela União, que pende de julgamento do Superior Tribunal de Justiça.

São Paulo, Luiz Antonio Guimarães Marrey, requisitou a abertura de inquérito policial à Polícia Civil para apurar as denúncias do homicídio, a partir de novos indícios de provas surgidos com declarações prestadas por Pedro Antônio Mira Grancieri, vulgo “Capitão Ramiro”, que foram veiculadas na reportagem publicada na edição de 25 de março daquele ano da revista “Isto É – Senhor”, sob o título “Eu, capitão Ramiro, interroguei Herzog”, em que afirmou “Ninguém está mais forte e diretamente envolvido na morte de Herzog do que eu”. Contudo, por força de um *habeas corpus* impetrado em seu favor, a Quarta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu a ordem para trancar o inquérito policial por se entender que os fatos imputados teriam sido anistiados pela lei 6.683/79 (TJ/SP, Habeas Corpus nº 131.798-3/2, Rel. Péricles Piza). A decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 33.782-7-SP, j. 18/08/93, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. José Dantas).

A quarta tentativa refere-se ao Caso Riocentro. Em 30 de abril de 1981, um grupo de militares do Exército tentou explodir bombas no local onde seria realizado um show musical, em que estavam presentes aproximadamente 20 mil pessoas. Porém, uma das bombas explodiu antes da hora dentro do carro em que estavam dois militares. Mais duas bombas instaladas na casa de energia do Riocentro e em outro veículo falharam. O inquérito militar conduzido à época forjou que os autores do ataque eram militantes da esquerda e que os militares foram vítimas da explosão (Correição Parcial nº 1.241-1/RJ). Várias tentativas de reabertura do caso foram encetadas (Representação nº1.054-4-RJ), mas em 1988, o Superior Tribunal Militar (STM) declarou de ofício a extinção da punibilidade dos autores por força da anistia (Representação nº1.067-7/DF). Novo pedido de reabertura da mesma investigação foi formulado em 1996, mas o STM, em que pese ter reconhecido indícios de autoria militar nos crimes, determinou o arquivamento do procedimento em decorrência da declaração de anistia (Representação Criminal nº4-0/DF). A aplicação da lei 6.683/79 ao caso Riocentro, ocorrido em abril de 1981, beirou as raias do absurdo, pois de acordo com seu art. 1º, *caput*, a anistia abrangia os crimes cometidos entre 02.09.1961 a 15.08.1979.

A partir do “*Debate Sul-Americano sobre verdade e responsabilidade em crimes contra os direitos humanos*”, a Procuradoria da República em São Paulo e a Procuradoria Regional da República na 3ª Região, por meio dos Procuradores da República Marlon Alberto Weichert e Eugênia Augusta Gonzaga Fávero, vem tentando responsabilizar criminalmente alguns perpetradores da ditadura militar. Referidos Procuradores, embora possuam atribuição

exclusiva na área cível¹⁵⁰, vêm formulando representações à área criminal do Ministério Público Federal para a eventual instauração de investigações e ações penais.

Nesse sentido, foram formuladas seis representações à área criminal¹⁵¹ visando a investigação e persecução penal dos casos envolvendo as seguintes vítimas: i) Flávio de Carvalho Molina; ii) Luis José da Cunha¹⁵²; iii) Manoel Fiel Filho; iv) Vladimir Herzog; v) Horacio Domingo Campiglia e Mônica Susana Pinus de Binstock, desaparecidos no contexto da Operação Condor/RJ; e vi) Lorenzo Ismael Vinas, desaparecido no contexto da Operação Condor/RS.

Dessas seis representações aos Procuradores oficiantes na área criminal do Ministério Público Federal, em duas delas foram requeridas o arquivamento das peças informativas, quais sejam, casos Luis José da Cunha e Vladimir Herzog (respectivamente, autos n°s 2008.61.81.012372-1 e 2008.61.81.013434-2, em trâmite perante a 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo). Nas demais, até o presente momento, não houve manifestação por parte dos Procuradores da área criminal.

No caso de Luis José da Cunha, o Procurador da República Sílvio Luís Martins de Oliveira entendeu, em síntese, que: (i) o costume internacional só punia os crimes contra a humanidade desde que conexos a crimes de guerra ou contra a paz, o que não se verificou no período de ditadura militar no Brasil, razão pela qual não se aplicaria a convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade; (ii) impossibilidade de aplicação imediata de convenções internacionais sobre direitos humanos; (iii) à época do suposto homicídio, 13 de julho de 1973, não existia no ordenamento jurídico nacional a definição de crime contra a humanidade, de maneira que a única possibilidade de tipificação penal seria a do homicídio qualificado, cuja pena máxima cominada era de trinta anos de reclusão, de maneira que estaria extinta a punibilidade dos agentes.

Já no caso de Vladimir Herzog, o Procurador da República Fábio Elizeu Gaspar entendeu, em síntese, que: (i) operou-se a coisa julgada material a impedir a reabertura das investigações, em decorrência do arquivamento do anterior inquérito policial pela Justiça

¹⁵⁰ São esse procuradores, entre outros, que subscrevem a ação civil pública n° 2008.61.00.11414-5, referida no capítulo 1.

¹⁵¹ Todas essas representações estão disponíveis no *site* da Procuradoria Regional da República na 3ª Região, disponíveis em: <http://www.prr3.mpf.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=144&Itemid=216>.

¹⁵² Em 25 de setembro de 2006, em um evento que contou com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o governo começou a recolher amostras de sangue de parentes de vítimas do regime militar com a intenção de constituir um banco de dados de DNA, capaz de permitir a identificação das ossadas de mortos e desaparecidos políticos. Os exames de DNA, até o momento, só conseguiram identificar oficialmente os despojos de duas vítimas Flavio Carvalho Molina e Luis José da Cunha (BRASIL, 2007, p. 46-47).

Estadual, ainda que esta fosse incompetente; (ii) é irrelevante juridicamente eventual contradição entre o direito interno e as obrigações firmadas pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional; (iii) não se admitia crimes imprescritíveis no direito brasileiro, ao tempo do fato (1976); (iv) não existia uma norma consuetudinária internacional fixando a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade em 1976; (v) é impossível a aplicação do costume internacional como fonte normativa perante o direito interno; (vi) aplica-se o princípio da legalidade estrita para o tratamento normativo da prescrição.

Em que pese as promoções de arquivamento desses dois casos, é importante se registrar que em nenhum deles se invocou como razões para pedir o arquivamento que a punibilidade dos agentes estaria extinta por força da lei de anistia nº 6.683/79.

Numa inusitada iniciativa, os Procuradores da República da área cível, Marlon Alberto Weichert e Eugênia Augusta Gonzaga Fávero, que haviam formulado as representações aos Procuradores ofiçiantes na área criminal, solicitaram ao Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, competente para júris federais, tendo em conta a relevância da matéria e que os casos poderiam se constituir verdadeiros *leading cases*, que não homologasse os pedidos de arquivamento, mas, sim, submetesse-os ao Procurador-Geral da República, utilizando-se do disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal¹⁵³.

Contudo, a Juíza Federal Substituta da 1ª Vara Criminal da Justiça Federal em São Paulo, Paula Mantovani Avelino, não conheceu dos argumentos dos Procuradores da área cível, por entender que violariam o princípio do Promotor Natural, e acolhendo as promoções da Procuradoria Criminal do Ministério Público Federal, determinou o arquivamento dos casos. A família de Luis José da Cunha falou para a reportagem da *Folha de São Paulo* que iria recorrer para à Corte Interamericana de Direitos Humanos (JUSTIÇA..., 2009, p. A6).

Para se tentar compreender porque esta situação de impunidade ocorreu por aqui, tomaremos em perspectiva de comparação os casos de outros países, como Argentina, Chile e Uruguai, e os papéis desempenhados pelas suas instituições e determinados mecanismos que contribuíram para responsabilizar vários acusados da prática de crimes contra a humanidade em

¹⁵³ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

seus países, em que pese a edição de leis de anistia também nestes países, o que evidencia que não foi só a lei 6.683/79 a responsável por este quadro de impunidade no Brasil.

2.4.1 Os Fatores Político-Jurídicos Limitativos da Apuração de Responsabilidades

O argumento muito utilizado no Brasil de que a ausência de punição dos responsáveis se deve ao fato de que a ditadura militar brasileira foi muito menos sangrenta do que na Argentina e no Chile, comparados os números de mortos e desaparecidos entre eles, não parece correto, pois por aqui o número de torturados pode ter sido muito maior, além do que os agentes da repressão política no Brasil foram exportadores de técnicas de tortura para esses países.

O aspecto quantitativo, por si só, não justifica esse quadro de total impunidade, se considerarmos que no Uruguai, onde também se estima em 400 o número de mortos e desaparecidos, a partir de 2006 iniciou-se uma série de importantes julgamentos envolvendo crimes contra a humanidade praticados durante o período de ditadura militar, inclusive contra o ex-presidente Juan Maria Bordaberry. Aliás, esse longo período demonstra que o fator tempo pode ser um aliado e uma variável importante a ser considerada na equação da justiça de transição¹⁵⁴.

Como visto no capítulo 1, a repressão política no Brasil atingiu cifras de mortos e desaparecidos políticos muito menores do que países como a Argentina e o Chile, mesmo com um regime de maior duração, devido a uma forte judicialização da repressão, que envolveu um alto grau de consenso entre as elites militares e judiciárias, e fez com que houvesse uma

¹⁵⁴ Como relata Juan Méndez: “Tínhamos a idéia de que se não fizéssemos tudo nos primeiros seis meses, perderíamos a oportunidade. Havia uma clara intuição nesse sentido. Pensava-se que se passasse mais de seis meses ou de um ano, a pressão de outros problemas econômicos ou sociais iriam levar ao esquecimento. Também pensávamos que a oportunidade democrática poderia ser efêmera, que rapidamente poderia acabar a primavera democrática. O certo é que subestimamos duas coisas: as sociedades, que realmente queriam ser democráticas; e o valor da idéia da justiça de transição e da idéia de que as vítimas tinham de ser respeitadas e reconhecidas. Eu creio que o peso moral que tem a idéia de que as violações de direitos humanos requerem uma conduta do Estado em respeito às vítimas é algo que descobrimos na prática, não é algo que sabíamos de antemão. Não é que automaticamente a idéia se transfere ao conjunto da sociedade porque também na Argentina, no Chile, e em outros países havia um movimento de direitos humanos muito inteligente, muito capaz, que soube transmitir, com gestos morais e também com trabalho político prático, essa agenda à sociedade” (MEZAROBBA, 2007a, p. 172).

“normalização” da repressão, ajudando a criar uma imagem pública de que o sistema legal não era autoritário, perpetuando a visão de que a repressão “não era tão ruim assim”. A repressão do regime militar no Brasil foi muito mais judicializada do que na Argentina, Chile e Uruguai.

A variação da forma institucional da repressão, a depender do grau de consenso entre as elites militares e judiciárias, vai influenciar de maneira significativa o engajamento de cada país na aplicação dos mecanismos da justiça de transição, especialmente, no que aqui interessa, a responsabilização dos perpetradores de graves violações aos direitos humanos. Acreditamos que esta constatação irá impactar de maneira decisiva a atuação das instituições envolvidas com a persecução penal dos perpetradores e como elas lidaram com os instrumentos viabilizados pelo direito internacional que possibilitariam essa responsabilização.

Destarte, ao analisarmos os papéis desempenhados pelas suas instituições e os mecanismos envolvidos na persecução penal dos violadores de direitos humanos nesses países comparados, há que se ter em mente que no Brasil essa “normalização” da repressão política cristalizou-se no imaginário coletivo e permeou, como pano de fundo, a atuação dos órgãos e os instrumentos relacionados com a persecução penal. Iniciaremos pelo papel do Ministério Público.

No Brasil, compete privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública, nos termos do artigo 129, inciso I da Constituição Federal. É certo que existe a possibilidade de oferecimento de ação penal privada subsidiária da pública, nos casos de inércia do Ministério Público, cabendo a este aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, bem como intervir em todos os termos do processo (artigo 29 do Código de Processo Penal¹⁵⁵), mas as dificuldades das vítimas e/ou familiares de ingressarem com essas ações penais eram inúmeras e evidentes, em que pese o desejo de justiça delas¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

¹⁵⁶ Como evidencia o relato de Suzana Keniger Lisboa, representante dos familiares de mortos e desaparecidos políticos na Comissão Especial de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos Políticos do Ministério da Justiça, viúva de Luís Eurico Tejera Lisboa, militante da ALN (Ação Libertadora Nacional), assassinado em setembro de 1972, pelos órgãos de repressão política, em São Paulo: “A posição dos familiares sempre foi de que os torturadores não podiam ser anistiados. Não podíamos aceitar que eles fossem anistiados, mas ficamos gritando sozinhos. Não tivemos apoio de ninguém. Ninguém nos procurou para se oferecer para ajudar nessa questão jurídica. Os advogados nos diziam que os crimes estavam prescritos e se reportavam ao que se passou a chamar de Lei *Shibata*, a qual determinava que o prazo para processar um profissional liberal no exercício por qualquer ato ilícito no exercício de uma função pública era de apenas 5 anos. Logo, não podíamos fazer nada. Na época da denúncia da Casa da Morte,

Considerando que a autonomia e independência do Ministério Público só foi alcançada com a Constituição de 1988, que até então era considerado um órgão integrante do Ministério da Justiça e que durante o regime militar seu papel era de apenas acusador “é possível imaginar como foi inútil contar com a boa vontade de promotores e esperar que a instituição fizesse a sua parte nos procedimentos”¹⁵⁷ (MEZAROBBA, 2007b, p. 344).

O mesmo ocorre no Uruguai, onde o processo penal somente se inicia com a denúncia do Promotor Público, não existindo o instituto da ação penal privada ou ação penal pública condicionada, ou seja, as partes privadas não são titulares da ação penal, e somente em situações excepcionais a parte com interesses privados é autorizada a intervir no processo penal.

Já com relação às legislações argentina e chilena, a própria vítima de um crime, ou mesmo seus familiares, no caso de mortos e desaparecidos, podem iniciar ações penais. No Chile, ademais, desde a volta à democracia o governo colocou advogados à disposição dos familiares de desaparecidos e ofereceu apoio financeiro a organizações de defesa de direitos humanos para desempenhar esse papel.

Quanto ao Poder Judiciário, na Argentina, mesmo antes da Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN) ter declarado, em 14 de junho de 2005, a inconstitucionalidade das leis de Ponto Final (23.492) e de Obediência Devida (23.521), que impediam a punição dos crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado entre 1975 e 1983, vários juízes e ao menos uma Corte de apelações, responsáveis por investigar os crimes do passado, já as tinham reconhecido

em Petrópolis, os advogados receberam procuração dos familiares para entrar com processos, com base no depoimento de Inês Etienne e não fizeram nada. Não sei porque isso ocorreu, mas o fato é que não houve prosseguimento das ações” (apud MEZAROBBA, 2007b, p. 343).

¹⁵⁷ Recentemente, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2008.03.00.046274-0, interposto contra a decisão que na ação civil pública nº 2008.61.00.011414-5 suspendeu o curso daquela até o julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal da ADI nº 4077 e da ADPF nº 153, o Ministério Público Federal, no pedido de reconsideração à relatora, que não concedeu efeito suspensivo/ativo ao Agravo, fez o *mea culpa*, manifestando-se nos seguintes termos: “**Não é porque o Ministério Público Federal (e demais co-legitimados públicos) foi omissivo durante décadas em promover as medidas que já em 1978 e 1980 os eminentes magistrados MARCIO MORAES E JORGE SCARTEZZINI recomendaram [...]**” (negrito no original). Essas recomendações foram determinadas em duas sentenças históricas da Justiça Federal de São Paulo, quando ainda vigorava o AI-5, de 1968, e seus subseqüentes, que permitiam a cassação de juízes por ato do Presidente da República, proferidas em ações indenizatórias contra União, pelas mortes de Vladimir Herzog e Manoel Fiel Filho, nas quais ao final houve determinação de remessas de cópia dos autos para o Ministério Público para que adotasse as providências cabíveis, nos termos do art. 40 do Código de Processo Penal: “Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”.

suas invalidades ou inconstitucionalidades, com base em decisões da Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos¹⁵⁸.

Tanto no Chile quanto na Argentina, com o passar dos anos uma parte do Judiciário também passou a considerar os casos de desaparecimentos ocorridos durante os períodos de suas anistias como crimes de seqüestro permanente, cuja consumação se prolonga no tempo enquanto não se localizar o paradeiro da vítima, situação essa que jamais foi ventilada no Brasil¹⁵⁹. Muitos juízes argentinos e chilenos, em trabalho desenvolvido em conjunto com organizações de direitos humanos também trataram de procurar brechas da legislação nacional a fim de promover algumas causas judiciais (MEZAROBBA, 2007b, p. 348).

Defensores de direitos humanos chilenos e argentinos, visando ultrapassar os óbices das barreiras dos próprios países, recorreram a tribunais estrangeiros, especialmente os europeus, recolocando nas agendas nacionais temas que os antigos dirigentes políticos haviam conseguido deixar para trás. Nesse aspecto, os casos de maior repercussão envolvem o juiz espanhol Baltasar Garzón, que afora denunciar quase uma centena de integrantes das Forças armadas da Argentina conseguiu o feito histórico de levar ao cárcere, no Reino Unido, o ex-presidente chileno Augusto Pinochet.

O Brasil também não contou com esse tipo de efeito catalisador, que essas iniciativas costumam provocar na esfera doméstica, colocando o país sob o escrutínio internacional e provocando reações políticas (MEZAROBBA, 2007b, p. 350-351), salvo recentes investidas das justiças italiana e espanhola.

Outro fator que impulsionou de maneira expressiva os casos argentino e chileno, mas que o processo nacional não pôde se beneficiar foi a atuação de organismos

¹⁵⁸ “O caso Velásquez Rodríguez, no qual a Corte Interamericana deixou estabelecida a obrigação dos Estados de prevenir, investigar e punir as violações aos direitos humanos, e o Informe 28/92, em que a Comissão Interamericana estabeleceu que o Estado argentino violara a Convenção Americana ao sancionar as leis de anistia, que serviram de base para os juízes reconhecerem o direito à verdade e abrirem processos para garanti-lo. Isso ocorreu em 1995;” (GUEMBÉ, 2005, p. 123).

¹⁵⁹ Registre-se recentemente a primeira tentativa nesse sentido: “[...] o procurador da República de Uruguaiiana (RS) Ivan Cláudio Marx solicitou à Polícia Federal a investigação do desaparecimento de dois militantes de esquerda, o ítalo-argentino Lorenzo Ismael Viñas e o padre argentino Jorge Oscar Adur. Os dois desapareceram em 1980, quando cruzavam a fronteira entre Paso de Los Libres (Argentina) e Uruguaiiana. O caso de Viñas está entre os de cidadãos de origem italiana que desapareceram durante a ditadura na América do Sul. A Justiça da Itália indiciou 13 militares brasileiros. Em 2007, o país pediu ajuda ao Brasil para que os acusados ainda vivos fossem julgados. Entre eles, responsáveis à época pelo SNI (Serviço Nacional de Informações) e um ex-secretário de Segurança do Rio Grande do Sul.” (FLOR, 2009b).

internacionais como a OEA, a ONU ou mesmo a OIT, que desempenharam papel bastante significativo naqueles países¹⁶⁰.

Sem dúvida alguma, fator propulsor do desenvolvimento das estruturas da justiça de transição, a aplicação da legislação internacional, especialmente os tratados internacionais de direitos humanos pelos tribunais nacionais deve ser considerada, talvez como a principal causa, para se entender a inércia do Estado brasileiro nesse campo.

Com a reforma da Constituição Nacional argentina, em 1994, a incorporação dos tratados de direitos humanos passou a ser automática e a hierarquia destes ganhou envergadura constitucional, o que foi determinante para que as decisões políticas ofensivas aos direitos das vítimas de graves violações aos direitos humanos não fossem mais toleradas.

No Chile, as alterações inseridas na sua Constituição, por meio da reforma constitucional de 1989, acrescentou ao art. 5 (II) da Constituição a seguinte menção: “*É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes*”. Destarte, passou-se a interpretar que os direitos garantidos pelos tratados foram equiparados à Constituição.

Ao adotarem esses tratados e outorgar-lhes hierarquia constitucional, esses Estados assumiram obrigações especiais de caráter internacional e os juízes argentinos e chilenos passaram a sustentar a obrigação dos seus países em investigar e punir os crimes contra a humanidade cometidos por suas ditaduras militares.

No Brasil, a questão da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos e a hierarquia que eles ocupam na ordem jurídica nacional é tema dos mais tormentosos. Esse seria o prisma de “como o Direito interno vê o Direito Internacional”¹⁶¹, sendo que o outro lado

¹⁶⁰ “Situação bem distinta da observada no Brasil, embora daqui também tenham partido denúncias à comissão (interamericana de direitos humanos), de atentados contra a vida, à integridade física e psicológica, e por detenções arbitrárias. Só em 15 de fevereiro de 1972, a CIDH recebeu uma petição assinada por 150 pessoas de 13 países (nove deles, pertencentes à OEA), reiterando, sem sucesso, a necessidade de insistir na realização de investigação *in loco* sobre a situação dos direitos humanos no Brasil. Na maioria das vezes negada pelos militares que governavam o país com argumentos que incluíam o repúdio a qualquer violação de direitos humanos ou que se tratava de caluniosa campanha “preparada pelos agentes do comunismo internacional para denegrir a imagem do Brasil e desviar a atenção da imprensa internacional sobre a obra de reconstrução nacional, desenvolvida pela Revolução Democrática de 31 de março de 1964”, como nenhuma autorização foi concedida, os representantes da CIDH jamais puderam entrar no país durante o regime militar, tampouco elaborar um relatório que expressasse com fidelidade a realidade nacional. Conseqüentemente, por aqui não houve o mesmo registro sistemático das violações praticadas, a exata caracterização das vítimas, a precisa indicação dos crimes e a repercussão evidenciada nos outros dois países.” (MEZAROBBA, 2007b, p. 356-357).

¹⁶¹ Sob esse aspecto, o assunto é estudado a partir de duas correntes doutrinárias: o *monismo* e o *dualismo*. Em apertada síntese, o *monismo* entende que há unidade jurídica entre o direito internacional e o direito interno, constituindo dois ramos de um mesmo sistema jurídico ao direito interno. Assim, os tratados internacionais

da moeda seria “como o Direito Internacional vê o Direito interno”. Somente o primeiro aspecto é abordado pelos juristas, já o segundo é muito pouco abordado (RAMOS, 2004, p. 116-117).

Aqui no Brasil, a praxe exige a aprovação do tratado pelo Congresso (fase do decreto legislativo) e a posterior promulgação do mesmo pelo Poder Executivo (fase do decreto executivo)¹⁶², situação essa que foi chancelada pela posição consolidada do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à hierarquia normativa, segundo ponto importante da visão de “como o Direito interno vê o Direito Internacional”, o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do RE 80.004-SE, em 1977, que analisava o conflito envolvendo a Lei Uniforme de Genebra de 1930, promulgada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1966, e o Decreto-Lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969, era o da paridade hierárquica entre tratado e a lei ordinária, e teve como consequência a aplicação do princípio de que a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível, dando-se validade, portanto, às disposições do Decreto-Lei nº 427¹⁶³.

Registre-se, contudo, que se firmaram quatro correntes interpretativas na doutrina acerca desse assunto: a) hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos; b) hierarquia constitucional desses tratados; c) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; d) paridade hierárquica entre tratado e lei ordinária.

incorporam-se automaticamente com a simples ratificação, não sendo necessário mecanismos de inserção no direito pátrio. Para o *dualismo* o direito internacional e direito interno são sistemas totalmente independentes e distintos, sendo aquele regulador das relações entre Estados e entre estes e os demais sujeitos de direito internacional público, enquanto que este, regulador da relação entre os Estados e seus indivíduos, não havendo qualquer possibilidade de existir conflito entre ambos, em decorrência da sua cisão absoluta. Para essa teoria, os Tratados não se tornam parte do ordenamento jurídico interno – há a necessidade de incorporação ao ordenamento interno transformando-o em lei nacional, que teria o mesmo *status* normativo que as demais leis, resolvendo-se eventual conflito entre as normas pela regra *lex posterior derogat legi priori*.

¹⁶² A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 84, inciso VIII, ser da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. No art. 49, inciso I, estipula ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais.

¹⁶³ A tese da paridade entre tratado e lei federal foi reiterada em novembro de 1995, quando do julgamento, em grau de *habeas corpus*, de caso relativo à prisão civil por dívida do depositário infiel: “[...] inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se sobrepõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. [...] **Diversa seria a situação, se a Constituição Federal do Brasil – à semelhança do que hoje estabelece a Constituição Argentina, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 art. 75, nº 22) – houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos. [...] não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5, § 2, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil**”. Estes trechos foram extraídos do voto do Ministro Celso Mello no julgamento do HC 72.131-RJ, em 22.11.1995 (sem negritos no original). Tal posicionamento voltou a ser reforçado em outros julgamentos tais como: RE 206.482-SP; HC 76-561-SP, Plenário, 27.05.1998 e RE 243613, 27.04.1999.

Com a inclusão do §3º ao art. 5º da Constituição Federal¹⁶⁴, somente após a aprovação pelas duas casas do Congresso Nacional, em votação em dois turnos e com pelo menos três quintos dos votos, é que um tratado de direitos humanos passa a ter *status* de “emenda constitucional”, deixando, contudo, acesa a polêmica acerca dos tratados ratificados anteriormente a essa emenda.

Na primeira sessão de dezembro de 2008, o STF¹⁶⁵, por maioria dos votos, restringiu a prisão civil por dívida ao inadimplente voluntário e inescusável de pensão alimentícia, por força da adesão ao Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos, conferindo assim força *supralegal* aos tratados internacionais e convenções de direitos humanos¹⁶⁶.

Ainda que ficássemos somente no plano da paridade entre o tratado de direitos humanos e a lei ordinária (tese até pouco tempo predominante no STF, que passou a entender pela *supralegalidade*), os juízes brasileiros, nas poucas oportunidades que tiveram para se manifestar sobre a lei de anistia, poderiam se utilizar do critério cronológico, segundo o qual a lei posterior revoga a lei anterior naquilo que for incompatível. Assim, deveria prevalecer o direito a um julgamento justo (art. 8) e o direito à proteção judicial (art. 25) estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, por meio do Decreto de promulgação nº 678, de 6 de novembro de 1992, em prejuízo da Lei nº. 6.683, de 28 de agosto de 1979, que impede a persecução criminal pelas violações dos direitos humanos¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Art. 5º, § 3º 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.

¹⁶⁵ A decisão foi tomada na conclusão do julgamento dos Recursos Extraordinários (RE) 349.703 e 466.343 e do Habeas Corpus (HC) 87585, em que se discutia a prisão civil de alienante fiduciário infiel. “[...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”. Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes.

¹⁶⁶ Esse entendimento, aliás, aplicado ao contexto das normas de direito internacional que definem os crimes de lesa-humanidade e fixam a sua imprescritibilidade, reforça a prevalência dessas normas em relação ao Código Penal brasileiro, independentemente se anteriores ou posteriores a este, por força de sua hierarquia supralegal.

¹⁶⁷ Contra essa interpretação poderia se advogar que a anistia possui caráter de irrevogabilidade, de maneira que a interpretação, por meio do critério cronológico, de que a Convenção Americana revogou a lei 6.683/79, importaria na aplicação de pena de maneira retroativa.

Por aqui, jamais se cogitou dessa interpretação ou de qualquer outra, em que pese a possibilidade dos juízes no Brasil exercerem o controle difuso de constitucionalidade das leis, o que viabilizaria a análise da lei 6.683/79 também à luz da Constituição Federal de 1988 que, após definir que em suas relações internacionais o Brasil pauta-se, dentre outros princípios, pelo da prevalência dos direitos humanos (art.4º, inciso II), constituindo-se em um Estado Democrático de Direito e tendo como uma de suas bases a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), estabelece que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, bem como afirma que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art.5º §§1º e 2º).

Porém, como já mencionado, esses aspectos dizem respeito ao prisma de “como o Direito interno vê o Direito Internacional”. Essa perspectiva ficou bem acentuada na promoção de arquivamento do caso de Vladimir Herzog, em que o Procurador da República Fábio Elizeu Gaspar afirmou:

que nenhuma incompatibilidade lógica pode existir entre normas de Direito Interno e aplicação de normas jurídicas por órgãos internos, de um lado, e normas de Direito Internacional Público e aplicação de normas jurídicas por órgãos internacionais, de outro. E pela simples razão de se tratar de sistemas completamente distintos. [...]

Tal obrigação (decorrente do Pacto de São José), como se vê, é de caráter internacional, é do Estado brasileiro como integrante de uma comunidade internacional. Mesmo que internalizado o Pacto, tal obrigação não tem sentido senão sob o ângulo do Direito Internacional Público. Sob o enfoque interno, a mesma obrigação precisa, para valer, ser compatível com a Constituição da República. Como adiante se mostrará, prescreveu efetivamente a pretensão punitiva do Estado brasileiro quanto ao homicídio praticado contra Vladimir Herzog. Se o Brasil assumiu uma obrigação internacional de punir o autor desse delito, assumiu, sob enfoque internacional, uma obrigação que não pode cumprir de acordo com as regras internamente vigentes, a menos que, como se sustentará, **manifeste-se o poder constituinte originário**. (grifo e negrito no original)

Ocorre que pelo segundo prisma da relação do Direito Internacional com o Direito Interno, “como o Direito Internacional vê o Direito interno”, Ramos (2004, p. 131) observa que a prática reiterada dos Estados e das Cortes internacionais é de considerar a norma interna um “mero fato”, que expressa a vontade do Estado.

Logo, para o Direito Internacional, os atos normativos internos (leis, atos administrativos e mesmo decisões judiciais) são expressões da vontade de um Estado, que devem ser compatíveis com seus engagements internacionais, sob pena de ser o Estado responsabilizado internacionalmente.

Conseqüentemente, um Estado não poderá justificar o descumprimento de uma obrigação internacional em virtude de mandamento interno, podendo ser coagido (com base na contemporânea teoria da responsabilidade internacional do Estado) a reparar os danos causados.

Tal entendimento deve estar nas mentes de todos os operadores do Direito interno, em especial os membros dos órgãos de cúpula do Estado brasileiro (RAMOS, 2004, p. 132).

Por outro lado, o Direito Internacional dos Direitos Humanos desenvolveu um outro vetor interpretativo visando solucionar eventual conflito entre a norma interna e a norma internacional, que é o “princípio da primazia da norma mais favorável à vítima”. Assim, a fim de se evitar a aplicação de normas que possam restringir o alcance da proteção ao ser humano, nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para limitar, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional. Nas palavras de Sylvia Steiner (2000, p. 85):

É ainda princípio do direito internacional dos direitos humanos que eventuais conflitos entre normas de proteção e garantia das pessoas devem se resolver sempre pela norma que mais proteja a vítima da lesão, ou seja, a norma mais benéfica. A esse respeito, escrevendo sobre a reforma da Constituição Argentina de 1994, Vega e Grahan lembram que o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados estabelece que uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificação do descumprimento de um tratado. No entendimento desses autores, as próprias constituições dos Estados signatários estão incluídas na menção ‘disposições de direito interno’. De resto, sustentam que, tratando-se de direitos fundamentais, vige toda sua plenitude o princípio *pro hominis*, traduzido nas disposições dos arts. 5, § 2, do Pacto de Direitos Civis e Políticos, e 29, b e d, da Convenção Americana.¹⁶⁸

No mesmo sentido leciona Cançado Trindade (2003a, p. 542):

No presente domínio de proteção, não há mais pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorreria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno.

¹⁶⁸ De acordo com o art. 5, §2, do Pacto de Direitos Civis e Políticos: “Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau”. Por sua vez, a Convenção Americana prevê, em seu art. 29, *b e d*, que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de: “(b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; [...] (d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

A interpretação de que uma lei de anistia seria uma violação aos direitos humanos das vítimas gerou várias críticas, especialmente no que se refere às avaliações jurídicas iniciais dessas leis pela Comissão Interamericana. Como explica Ramos (2001, p. 251):

Para os críticos, haveria um verdadeiro *contorcionismo* da Comissão [...] na afirmação de ser uma *violação de direitos humanos* esse benefício (a anistia) dado ao *acusado*. Nessa visão crítica, nunca um tratado de direitos humanos pode ser interpretado em detrimento de indivíduos, quando mais indivíduos na posição de réus em processo penal (mesmo indivíduos por atos de barbáries).

Esses críticos, se referindo à lei de anistia do Uruguai, que guarda semelhança com a nossa, lembravam que o eventual prejudicado não seria a vítima, mas, sim, o próprio Estado-acusação, pois o Ministério Público é que ficaria coarctado de exercer a persecução penal e, por isso, não poderia o Estado invocar os tratados internacionais de direitos humanos para exercer o *jus puniendi* contra um acusado. Esses argumentos não obtiveram êxito na Comissão e na Corte Interamericanas por variadas razões, que serão estudadas no capítulo 3.

Mas o que fica claro, é que sempre existiu uma gama de diretrizes interpretativas que possibilitariam ao intérprete confrontar a lei de anistia brasileira, seja em face da Constituição Federal (controle de constitucionalidade), seja à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos (controle de convencionalidade), ou até mesmo pelo critério cronológico de resolução de antinomias de leis de mesma hierarquia. Em todo caso, há uma tremenda margem de liberdade ao intérprete, cujos limites são sua consciência e vontade jurídica que, no entanto, é restringida pela opacidade gerada por força da “normalização” repressão.

Ademais, demonstra que no Brasil, o conhecimento dos operadores de direito a respeito do funcionamento dos sistemas de proteção internacionais de direitos humanos e o alcance de suas decisões é muito pouco conhecido. Numa pesquisa realizada por José Ricardo Cunha (2005, p.138) intitulada “Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: concepção, aplicação e formação”, que teve por objetivo investigar o grau de justiciabilidade dos direitos humanos na prestação jurisdicional dos magistrados de primeira instância da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, constatou-se o grau de conhecimento dos magistrados nessa matéria, que serve como amostragem do Judiciário brasileiro como um todo.

A respeito do conhecimento dos magistrados do funcionamento dos Sistemas de Proteção da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados

Americanos (OEA), constatou-se que 59% dos magistrados têm um conhecimento superficial, enquanto 20 % sequer sabem como funcionam esses Sistemas, o que demonstra que 79% dos magistrados não estão informados a respeito dos Sistemas Internacionais. A maioria acredita que seria relevante informar-se a respeito (CUNHA, 2005, p. 152).

Quanto as decisões das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos, 56% dos juízes responderam que eventualmente possuem tais informações, 21% raramente as têm, 10% nunca obtiveram, e apenas 13% disseram que freqüentemente têm alguma informação (CUNHA, 2005, p. 152).

No que tange ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, observou-se que somente 5% dos magistrados aplicam-no com constância. No caminho oposto, 74% nunca o utilizaram, e 19% fazem-no raramente (CUNHA, 2005, p. 154).

No tocante ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o conhecimento dos juízes acerca da Convenção Americana de Direitos Humanos revelou que 66% afirmaram nunca utilizarem a referida Convenção, 9% declararam utilizá-la com freqüência e 24% declararam que a utilizavam raramente. Na opinião do pesquisador:

Essa constatação revela que, não obstante os significativos avanços feitos pela comunidade internacional no estabelecimento de um consenso mínimo sobre os direitos humanos e na criação de ferramentas normativas para assegurá-los na prática, muitos magistrados ainda ignoram esse processo e suas conquistas para o fortalecimento da democracia (CUNHA, 2005, p. 154).

Comparando-se a atuação do Poder Judiciário no Brasil durante e após o período de ditadura militar, verifica-se no primeiro momento um maior ativismo judicial em virtude da necessidade de se apostar nas lacunas e brechas da lei a fim de driblar a arbitrariedade e o autoritarismo do sistema político-jurídico de então. Como explica Lenio Streck (2009):

Dizíamos que o juiz não podia ser a boca da lei (famosa frase de Montesquieu). E por quê? Porque a lei era autoritária e a Constituição era um arremedo de atos institucionais. Conseqüentemente, queríamos juízes ativistas (para tanto, invocávamos o realismo escandinavo, os *critical legal studies* norte-americano, etc.).

Por outro lado, com a Constituição democrática de 1988, esse ativismo judicial, ao menos no que toca aos assuntos relacionados às graves violações de direitos humanos da ditadura militar, se retrai e o Judiciário passa a ter uma atuação tímida, pouco criativa e,

paradoxalmente à sua atuação durante o período autoritário, não vem desempenhando o papel de garante dos direitos fundamentais que lhe incumbe numa democracia.

Resta-nos agora analisar a responsabilidade do Estado brasileiro perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos na persistência da omissão em exercer a persecução penal em relação às graves violações de direitos humanos praticadas durante a ditadura militar.

CAPÍTULO 3

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

3.1. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Perante o direito internacional, um Estado é considerado responsável quando ele viola uma obrigação internacional, transgredindo esse direito. A Corte Internacional de Justiça estabeleceu no caso *Fábrica de Chorzów* ser um princípio de direito internacional que “a violação de uma obrigação acarreta o dever de reparar de forma adequada. A reparação é, portanto, o complemento indispensável da não aplicação de uma convenção, não sendo necessário que tal se encontre previsto na própria convenção” (BROWNLIE, 1997, p. 459).

Nesse princípio fundamental da justiça, que se traduz concretamente na obrigação de manter os compromissos assumidos de boa-fé e na obrigação de reparar o mal injustamente causado a outrem, repousa a noção de responsabilidade. Assim, o Estado é internacionalmente responsável por todo ato ou omissão que lhe seja imputável e do qual resulte a violação de uma norma jurídica internacional ou de suas obrigações internacionais.

A responsabilidade internacional do Estado por violação aos direitos humanos é uma espécie do gênero responsabilidade internacional do Estado. O antecedente histórico da responsabilidade internacional do Estado por violações aos direitos humanos repousa no instituto da proteção diplomática, que nasce com a preocupação de que todos os Estados devem fornecer um tratamento adequado internacionalmente aos estrangeiros em seu território.

Para esta doutrina, o dano ao estrangeiro é um dano indireto ao Estado de sua nacionalidade¹⁶⁹. Dessa forma, o Estado ao conceder a proteção diplomática ao seu nacional, está exercendo direito próprio de buscar reparação a um dano indireto causado por outro Estado. Outrossim, a proteção diplomática só pode ser concedida a um limitado grupo de indivíduos, que são os nacionais no exterior, bem como pode ser exercida ou não, restringindo o espectro dessa proteção.

¹⁶⁹ Sobre a proteção diplomática são clássicos dois casos: *Canevaro* (Itália v. Peru) e *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala) ver: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (2007, p. 565) ; BROWNLIE, Ian (1997, p. 431-444 e p. 579-580).

A responsabilidade internacional do Estado por violações aos direitos humanos se diferencia da proteção diplomática, por ter em mira o indivíduo e não o Estado, independentemente da nacionalidade, pois o escopo dos tratados de direitos humanos é a proteção de direitos de seres humanos diante do Estado do qual é nacional ou diante de qualquer outro Estado contratante, independentemente da nacionalidade da vítima.

A vítima afetada pode e deve se dirigir diretamente a uma instância internacional, sem ter que se utilizar de seu Estado como intermediário, por meio do endosso diplomático, que é o instrumento que outorga a proteção diplomática.

Assim, o desenvolvimento da responsabilidade internacional do Estado *não é feito através da proteção diplomática*, mas sim através do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que fornece ao indivíduo um rol de direitos internacionalmente consagrados e, ao mesmo tempo, *acesso a instâncias internacionais para que seja averiguada a lesão a esses direitos* (RAMOS, 2004, p. 49).

Com efeito, os tratados internacionais que envolvem a proteção de direitos humanos não possuem as mesmas características dos tratados clássicos, que estabelecem ou regulamentam direitos subjetivos, ou concessões ou vantagens recíprocas, para as partes contratantes. Esses últimos inspiraram a concepção clássica de responsabilidade estatal, focado sobretudo na reparação do dano, cujo regime é bilateral, ou seja, o vínculo jurídico que determina a obrigação de reparar se estabelece somente entre o Estado autor da violação e o Estado que sofreu o dano.

Tanto no direito internacional quanto no direito constitucional dos Estados é recente a consideração de que os tratados internacionais de direitos humanos formam uma categoria especial, e alguns aspectos, diferentes dos tratados ordinários. Como explica Cançado Trindade (1999, p. 29-30):

Os tratados de direitos humanos, em contrapartida, prescrevem *obrigações de caráter essencialmente objetivo*, a serem garantidas ou implementadas coletivamente, e enfatizam a predominância de considerações de interesse geral ou *ordre public* que transcendem os interesses individuais das Partes Contratantes. Tais tratados [...] não são interpretados à luz de concessões recíprocas, como nos tratados clássicos, mas sim na busca da realização do propósito último da proteção dos direitos fundamentais do ser humano.

O Estado contratante de um tratado multilateral de direitos humanos assume várias obrigações para com os indivíduos que estão sob sua jurisdição, pouco importando a

nacionalidade, a religião, o credo político e religioso, e não para com outro Estado contratante. Esse caráter objetivo se contrapõe ao regime de reciprocidade¹⁷⁰ dos tratados clássicos.

O caráter objetivo dos tratados de direitos humanos vai gerar conseqüências para os Estados contratantes, ressaltando-se a de não poder desrespeitar o tratado porque um outro Estado não o está respeitando, posto que a obrigação é para com a sociedade internacional e não para com os Estados partes. E é esse caráter objetivo dos tratados internacionais de direitos humanos que é fator preponderante na análise da responsabilidade internacional do Estado.

De fato, a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos é conseqüência desta natureza distinta dos tratados de direitos humanos, já que, ao assumir as obrigações de respeito de direitos humanos, os Estados estabelecem uma ordem pública internacional passível de averiguação e controle, que, em seu limite, supõe a entrega a um terceiro da função de interpretar e averiguar se a conduta estatal coaduna-se com a normatividade internacional protetiva dos direitos humanos (RAMOS, 2002, p. 34).

Os tratados internacionais de direitos humanos estabelecem uma dupla obrigação aos Estados: (a) de respeito, isto é, existe uma obrigação de não-fazer, que se traduz na limitação do poder público face aos direitos do indivíduo; trata-se de um dever negativo, ou seja, um dever de abster-se de práticas que venham a causar violações dos direitos humanos, e (b) de garantia, que concretiza uma obrigação de fazer, consistente na organização, pelo Estado, de estruturas capazes de prevenir, investigar e mesmo punir toda violação dos direitos humanos.

Sem dúvida, de nada adiantaria o reconhecimento de que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional, se não houvesse uma resposta no caso da negação desses mesmos direitos. Assim, se o Estado falha na sua obrigação de respeitar os direitos humanos, nasce a responsabilidade internacional do Estado, que se apresenta como sendo uma obrigação internacional de reparação em face de violação de norma internacional prévia (tratado, acordo, convenção ou costume).

Havendo a violação das *normas primárias*, que contém as obrigações de Direito Internacional, surge para o Estado a responsabilidade internacional, *normas secundárias*, que têm por objeto determinar se houve violação do tratado internacional e quais suas conseqüências,

¹⁷⁰ O princípio da reciprocidade não foi totalmente afastado da normativa internacional de proteção dos direitos humanos, porquanto somente um Estado que já tenha reconhecido a jurisdição internacional para processar reclamações estatais pode oferecer uma denúncia ou reclamação contra outro Estado (Convenção Européia de Direitos Humanos, art. 46, §2º, e Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 62, §2º).

independentemente do conteúdo da norma violada. As normas secundárias envolvem regras relativas à determinação, implementação e execução da responsabilidade internacional do Estado.

A distinção entre normas primária e secundária, no campo da proteção internacional dos direitos humanos, permite esclarecer que a responsabilidade internacional do Estado surge a partir do momento do ilícito (ação ou omissão) internacional, surgindo, então, uma obrigação internacional de reparar os danos causados (RAMOS, 2004, p. 77).

Quanto à natureza jurídica, a responsabilidade pode ser dividida em duas grandes espécies, a penal e a civil. Contudo, no âmbito da responsabilidade internacional do Estado essa dicotomia não parece satisfatória. Em princípio, a responsabilidade internacional desconhece a responsabilidade penal do Estado, em virtude da impossibilidade de pessoa jurídica cometer crimes, *societas delinquere non potest*, de maneira que a responsabilidade penal no Direito Internacional aplicar-se-ia somente aos indivíduos quando estes cometessem crimes internacionais.

Ocorre que no campo dos direitos humanos há um elemento importante da responsabilização penal que pode ser apropriada na responsabilidade internacional do Estado, que é o caráter preventivo ou de desestímulo da pena criminal, de suma importância para prevenir novas violações.

De acordo com André de Carvalho Ramos (2004, p. 88), caminha-se para a superação da dicotomia “responsabilidade cível-penal” com o estabelecimento de responsabilidade internacional do Estado por violações de direitos humanos como uma espécie de “*responsabilização garantidora da ordem pública internacional*”, pois o conteúdo das obrigações secundárias possui tanto “as *conseqüências de cunho patrimonial* (equivalente a responsabilidade cível tradicional) quanto as *conseqüências de cunho aflitivo-punitivo* visando o desestímulo de novas condutas (equivalente a responsabilidade penal)”.

Nesse sentido, importa observar que a reparação envolvida na responsabilidade internacional do Estado por violação aos direitos humanos abarca uma gama de novas relações jurídicas advindas do descumprimento da obrigação internacional. Assim, além da indenização à vítima pelos danos materiais e morais sofridos, a reparação pode envolver outras formas de satisfazer tanto os direitos das vítimas que não tenham alcance pecuniário, assim como a proteção da ordem pública internacional¹⁷¹.

¹⁷¹ As reparações devidas às vítimas serão estudadas pormenorizadamente no capítulo 4.

Na violação de direitos humanos consagra-se a responsabilidade objetiva do Estado violador, porquanto o dever de reparação surge sempre que houver a violação de uma norma primária internacional. Não se perquire sobre a existência ou ausência do elemento volitivo ou psíquico do agente, ou seja, não se comprova dolo ou culpa deste. Basta a comprovação do nexa causal entre a conduta e o dano em si. Mesmo no caso de condutas omissivas, como é o caso da denegação de justiça, a responsabilidade internacional é objetiva¹⁷².

Existem dois mecanismos reconhecidos pelos Estados de se constatar a responsabilidade de um Estado pela violação de seus compromissos internacionais: o modo unilateral e o modo coletivo ou institucional.

Pelo sistema unilateral o próprio Estado analisa o pretense fato internacionalmente ilícito cometido e requer reparação ao Estado ofensor, podendo, se não atendido, sancionar unilateralmente esse Estado. O perigo desse mecanismo é que as sanções unilaterais podem convulsionar a comunidade internacional, pois a preocupação de alguns Estados com a situação de direitos humanos no mundo é seletiva e pode esconder critérios geopolíticos, que tendem a enfraquecer a legitimidade ética do discurso de direitos humanos.

Para se evitar tais situações foram instituídos mecanismos coletivos, que são aqueles criados por tratados internacionais, nos quais órgãos compostos por pessoas independentes e imparciais analisam os fatos, ouvem os interessados e decidem sobre a responsabilidade internacional do Estado pretensamente infrator.

Logo, a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos deve ser aferida por meio de procedimentos nos quais é assegurado o *devido processo legal internacional, tanto ao pretense Estado violador quanto à pretense vítima*.

Para ser considerado um verdadeiro mecanismo coletivo de apuração da responsabilidade internacional do Estado, é necessário que se *identifique o fato ilícito, a relação causal entre a conduta imputável ao Estado e o resultado lesivo, bem como se determine o dever de reparação* (consequência da responsabilidade internacional do Estado) (RAMOS, 2002, p. 40).

Entre os mecanismos coletivos, destacam-se o sistema normativo global da ONU e os sistemas regionais de proteção, notadamente na Europa, América e África. Estes sistemas internacionais previram a instituição de Cortes de direitos humanos e outros órgãos

¹⁷² No âmbito do direito administrativo brasileiro, costuma-se diferenciar a responsabilidade do Estado a depender da conduta do agente. Se ela for comissiva a responsabilidade é objetiva e se for omissiva, em virtude da *faute du service* ou “falta de serviço”, a responsabilidade seria subjetiva. Ver: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, 17ª ed., p.885-888.

internacionais, chamando à responsabilidade internacional os Estados violadores dos direitos humanos em seus territórios¹⁷³.

Os sistemas global e regionais não são estanques, mas eles interagem e se complementam, cujos princípios e valores refletem a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O sistema normativo global, por exemplo, assegura um *standard* mínimo de proteção, enquanto os sistemas regionais devem ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros e levando em consideração as peculiares regionais (PIOVESAN, 2007a, p. 54). Por exemplo, a tortura é proscrita no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 7), na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 50), na Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (art. 2, § 2) e também na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (art. 1).

Consolidou-se, assim, a idéia de que a proteção de direitos humanos não faz mais parte do domínio reservado dos Estados, pois diz respeito à comunidade internacional, fazendo com que houvesse uma relativização do dogma clássico da soberania estatal, colocando-se a vítima no centro do debate do Direito Internacional, pois as pessoas ganharam o direito de se dirigir a organismos internacionais quase-judiciais, pautando suas ações, ou ainda o direito de se dirigir às Cortes internacionais. De acordo com Walter Claudius Rothenburg (2005, p. 77-78):

A crescente importância do Direito Internacional estremeceu irremediavelmente a autonomia dos países, que já não consegue sustentar-se no argumento da soberania absoluta. Com isso, a própria força do ordenamento jurídico interno mitigou-se e tem hoje de levar em consideração a produção e aplicação normativa supranacional.

[...] Como conseqüência, o Estado nacional perde legitimidade em relação a instâncias internacionais – fenômeno tão mais acentuado quanto menor for a capacidade daquele em adequar-se às determinações jurídicas internacionais.

¹⁷³ Em âmbito universal, não há ainda uma Corte Internacional de Direitos Humanos. A Corte Internacional de Justiça (principal órgão judicial da Organização das Nações Unidas) possui papel secundário na proteção de direitos humanos, uma vez que sua jurisdição contenciosa só se aplica a Estados (quer como autores ou como réus). No âmbito universal há apenas Tribunais penais, tais quais os Tribunais “ad hoc”, criados por resoluções do Conselho de Segurança da ONU, para a ex-Iugoslávia e Ruanda e o Tribunal Penal Internacional (para o julgamento dos mais graves crimes internacionais), *que não se confundem com Cortes Internacionais de Direitos Humanos*, mas que contribuem para a jurisprudência internacional de direitos humanos ao analisar a responsabilidade internacional do *indivíduo* por violações aos direitos humanos. Nos sistemas regionais de direitos humanos, a saber, o sistema africano, europeu e interamericano, temos a Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, a Corte Européia de Direitos Humanos (foi a primeira Corte especializada de direitos humanos no mundo) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (segunda corte especializada de direitos humanos no mundo).

Assim, se no âmbito interno do país, as instituições encarregadas de zelar pela observância dos direitos humanos não conseguem desempenhar o seu mister, permitindo que diuturnamente ocorram violações aos direitos humanos de seus cidadãos, haveria uma deslegitimação¹⁷⁴ destas instituições, com a perda da suas competências, na mesma medida em que haveria uma crescente legitimação de organismos constitucionais supranacionais para fazerem frente à essas violações.

3.2. OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Para ocorrer a responsabilidade internacional se torna necessária uma seqüência de elementos, quais sejam: (i) a existência de um fato internacionalmente ilícito; (ii) o resultado lesivo; e (iii) o nexo causal entre o fato e o resultado lesivo. A moderna doutrina internacionalista não considera a culpa mais como elemento da responsabilidade internacional.

O fato internacionalmente ilícito ocorre pela realização de um comportamento, comissivo ou omissivo, imputável ao Estado de acordo com o Direito Internacional, sendo esse comportamento uma violação de obrigação internacional previamente existente. Essa violação vai acarretar conseqüências jurídicas para o responsável, consistentes na criação de novas obrigações, dentre as quais a obrigação de reparar o dano.

O fato ilícito é formado por um elemento subjetivo e outro objetivo. O primeiro é a identificação da conduta atribuída a determinado Estado e o segundo é o nexo entre a conduta estatal e a violação de obrigação internacional. O componente objetivo requer que a conduta

¹⁷⁴ No julgamento do caso *Castillo Petruzzi v. Peru*, sentença de 04 de setembro de 1998, série C, n. 41, a Corte IDH apreciou uma exceção preliminar do Peru no sentido de que haveria um *enfraquecimento e destabilização das instâncias internas*, caso a Corte conhecesse das ações propostas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, a Corte rejeitou o argumento, pois: “§102. [...] *Ao comprometer-se como Estado parte da Convenção [Americana], o Peru admitiu a competência dos órgãos do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, tendo se obrigado, também no exercício de sua soberania, a participar dos procedimentos perante a Comissão e Corte e assumir as obrigações que derivam deste, e em geral, da aplicação da Convenção*”. Denota-se que houve o reconhecimento de uma deslegitimação das instituições internas peruanas, em face da sua incapacidade de atuar em conformidade à normatividade internacional, e a legitimação da Corte Interamericana para julgar a demanda, o que de modo algum significava ofensa mas, sim, o exercício da soberania do Peru.

estatal seja contrária à norma internacional, enquanto que pelo componente subjetivo imputa-se condutas de indivíduos e órgãos ao Estado.

A imputabilidade é o elemento que vincula a conduta do agente ao Estado responsável. O Estado enquanto ente público comete atos ilícitos internacionais por meio de seus agentes sendo necessário avaliar quais desses atos podem vincular o Estado e quais não.

Tal análise inicia-se pelo direito interno. Assim, se o próprio Estado aceita que determinado fato lhe seja imputável, o Direito Internacional acata tal manifestação. Contudo, se o direito interno recusa esta imputação, pode o Direito Internacional firmar a responsabilidade internacional, pois não está vinculado ao entendimento do Direito local (RAMOS, 2004, p. 112).

O direito internacional interpreta o direito interno *como um fato*, cuja interpretação pode ou não coincidir com a dos tribunais internos. De acordo com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, “um Estado-parte não pode invocar seu direito interno como justificativa para o descumprimento de uma obrigação internacional” (art. 27).

Assim, um ato interno conforme o direito nacional, portanto lícito perante este último, não é menos internacionalmente ilícito se for contrário ao direito internacional (Corte Permanente de Justiça Internacional – CPJI, *caso Wimbledon*). Pouco importam, a este respeito, as distinções do direito interno entre os diversos atos jurídicos: constituições, leis, decisões administrativas e atos jurisdicionais são todos simples fatos perante o direito internacional (DINH et al., 2003, p. 783).

Nesse sentido, a comunidade internacional vai apreender a organização administrativa interna do Estado como um fato, qualificando-o juridicamente de acordo com suas próprias normas internacionais¹⁷⁵.

Comprovado o fato internacionalmente ilícito e verificada sua imputação ao Estado, através de seus vários órgãos integrantes da estrutura administrativa, o próximo passo na averiguação da responsabilidade internacional é a demonstração do dano ou resultado lesivo.

O dano material não é um elemento necessário para que surja a responsabilidade internacional do Estado porque tradicionalmente a necessidade de um dano material se exige em matéria de responsabilidade por danos aos estrangeiros, em que a norma primária exige que deva existir um dano para que ocorra o ilícito internacional.

¹⁷⁵ Sobre os órgãos brasileiros responsáveis pelas violações aos direitos das vítimas da ditadura militar, previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, ver item 3.6 e seus subitens.

Porém, essa visão tradicional perde a razão de ser quando a responsabilidade internacional é estudada em face de violações de qualquer tipo de norma internacional e não somente como mero integrante da temática da proteção diplomática a estrangeiros.

Assim, o dano é inerente a todo fato internacionalmente ilícito, ou seja, existe uma absorção do dano pelo conceito de ilicitude. Destarte, o dano configura-se com a mera violação ao direito subjetivo, albergado pela proteção jurídica a determinado interesse. Por outras palavras, qualquer violação a tal proteção jurídica vai ocasionar um dano.

Esta posição, que é adotada pela Comissão de Direito Internacional, ao considerar que toda a violação à norma jurídica gera um dano, assegura, que verificada a violação de direitos humanos, passa o lesado a ter o direito à reparação. Logo, somente o dano jurídico faz parte dos elementos constitutivos da responsabilidade internacional, independentemente de ter havido ou não um dano material a ser reparado, que deverá ser somente valorado no momento da reparação adequada.

O terceiro e último elemento da responsabilidade internacional é o nexos causal, que se caracteriza pela relação de causa e efeito entre fato ilícito internacional e o dano. Dessa forma, verificada a ação ou omissão ilícita do Estado a sucessão do encadeamento dos eventos apontam para o dano.

Como esclarece Ramos (2004, p. 205-206), “o nexos causal é demonstrado *na presença de uma relação ininterrupta de causa efeito*, não importando quão longa seja tal relação desde que contínua”. Destarte, o nexos de causalidade perdurará enquanto persistir essa relação de causa e efeito, independentemente do tempo transcorrido desde o início da violação. Na prática, torna-se necessário analisar em retrospectiva o momento do fato gerador do dano até a sua materialização, considerando-se apenas os desdobramentos naturais e previsíveis do ato ou fato que ocasionou o dano.

Portanto, havendo uma parte lesada e um ofensor ao qual se *imputa* um dano, em decorrência de uma *atuação comissiva ou omissiva* contrária à ordem jurídica internacional e portanto, *ilícita*, estará configurada a responsabilidade internacional do Estado.

Analisaremos a seguir o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que é o mecanismo coletivo regional de proteção dos direitos humanos nas Américas, no qual o Brasil se insere, cujo objetivo é fazer valer a responsabilidade internacional dos Estados de respeitar e garantir o exercício destes direitos.

3.3 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano é composto por dois regimes: um com esteio na Carta de Organização dos Estados Americanos e outro com base na Convenção Americana.

Foi o Congresso do Panamá, realizado em 1826, sob a liderança de Simon Bolívar, o marco inicial para a criação de uma unidade jurídica continental assentada sobre princípios, que fomentaram um sistema de Direito Internacional baseado nas relações internacionais. Vários dispositivos sistematizados no Tratado de União Liga e Confederação Perpétua, assinado no Congresso do Panamá, foram reproduzidos em textos dos Tratados instituidores da Liga das Nações e da Organização das Nações Unidas (MENEZES, 2007, p. 118).

A partir do Congresso de Panamá então foram promovidos sucessivos encontros pelas conferências latino-americanas, o que acabou fazendo com que se discutisse a sistematização de um Direito Internacional tradicionalmente americano. Uma conferência mais específica sobre direitos humanos foi feita somente na IX Conferência Interamericana de Ministros das Relações, em maio de 1948, em Bogotá, na Colômbia, onde se estabeleceu a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a redação da sua carta, que entrou em vigor em dezembro de 1951.

Além do Brasil, 32 países latino-americanos, mais Estados Unidos e Canadá, ratificaram a Carta da OEA, e passaram a ser membros formais da Organização. A Carta da OEA, a despeito de possuir declarações genéricas acerca dos direitos humanos, deu ao sistema pan-americano uma estrutura convencional e institucional, a par de ter transformado a OEA em organismo das Nações Unidas (ONU).

Na mesma Conferência de Bogotá, em 1948, foi também adotada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (sete meses antes da Declaração Universal e dois anos e meio antes da Convenção Européia de Direitos Humanos) que juntamente com a Carta da OEA, formaram o embrião do sistema regional de proteção dos direitos humanos nas Américas.

A Declaração Americana não foi considerada parte da Carta da OEA, de acordo com a interpretação do Comitê Jurídico interamericano, que a considerou apenas como

“declaração de princípios”, desprovida da força vinculante dos tratados. Contudo, há que se destacar a vertente da jurisprudência internacionalista que reconhece a força do *jus cogens* nos preceitos oriundos de declarações ratificados por um Estado.

Com o primeiro Protocolo de Reformas da Carta da OEA (Buenos Aires, 1967), mas que somente entrou em vigor em fevereiro de 1970, a Comissão Interamericana passou a ser um órgão autônomo dentro da estrutura da OEA, conferindo maior juridicidade ao sistema.

Fortaleceu-se, assim, consideravelmente, seu *status* jurídico, pondo fim a eventuais objeções a sua competência: a Comissão passava assim a ser dotada, finalmente, de base *convencional*, com um mandato não mais apenas de promoção, mas também de controle e supervisão da proteção dos direitos humanos. Revestiu-se, desse modo, de uma base convencional definida. Estava aberto o campo ao fortalecimento “constitucional” do exercício de seus poderes e da significação política de suas decisões (TRINDADE, 2003b, p. 36-37).

O sistema, contudo, somente se consolidaria com a adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos.

3.3.1 A Convenção Americana de Direitos Humanos

A ferramenta de maior relevância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também denominado “Pacto de San José da Costa Rica”, assinado em 1969, com entrada em vigor em 1978, após o depósito do 11º instrumento de ratificação, pelo governo de Granada. O Brasil aderiu à Convenção tão-somente em 25 de setembro de 1992 e a promulgou pelo Decreto 678, de 06.11.1992¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Dos 35 Estados que compõem a OEA, até o presente momento, fazem parte da Convenção Americana 25 países: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Equador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai, Venezuela. Países que ainda não aderiram: Antígua e Barbuda, Bahamas, Belize, Canadá, Estados Unidos, Guiana, São Cristóvão e Névis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em 02 mar. 2009.

Este diploma enuncia direitos civis e políticos, inspirado de forma similar no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), na Convenção Europeia de Direitos Humanos (de 1950) e na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (de 1948).

Destacam-se neste instrumento: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito à integridade pessoal, proibição da escravidão, servidão e trabalhos forçados, direito à liberdade, o direito a um julgamento justo e em prazo razoável, o direito à indenização em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, direito à propriedade privada, o direito à liberdade de circulação e resistência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.

A Convenção Americana não enumera de forma expressa os direitos sociais, econômicos ou culturais, restringindo-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização destes direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras medidas que se mostrem apropriadas, nos termos do seu artigo 26. Posteriormente, no ano de 1988, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção, concernente aos direitos sociais, econômicos ou culturais (Protocolo de San Salvador).

A Convenção Americana prevê um sistema de monitoramento e implementação dos direitos que enumera. Assim, foi criada uma Corte e reconhecida uma parte acusadora, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁷⁷, estabelecendo-se também todas as fases do devido processo legal internacional de apuração da responsabilidade internacional do Estado.

3.3.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A competência da Comissão Interamericana abarca todos os Estados-partes da Convenção Americana, em relação aos direitos humanos nela declarados. Ela é composta por sete

¹⁷⁷ O Protocolo n. 11 da Convenção Europeia, de 1º de novembro de 1998, substituiu a Comissão e a Corte Europeias, que atuavam em tempo parcial, por um único órgão, a Corte Europeia de Direitos Humanos permanente, ganhando-se em termos de agilidade e custo de apreciação de petições e comunicações estatais.

membros de “alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos”, eleitos com mandato de 04 anos.

Cabe-lhe fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Incumbe também à Comissão Interamericana de Direitos Humanos examinar as petições e reclamações¹⁷⁸, enviadas por indivíduos ou grupos de indivíduos, bem como de organizações não governamentais, que contenham denúncias ou queixas sobre violação a direitos previstos na Convenção Americana¹⁷⁹. Ao se tornar parte da Convenção, o Estado aceita automática e compulsoriamente a competência da Comissão para examinar essas comunicações, não sendo necessário declaração expressa e específica para essa finalidade.

O sistema de comunicações interestatais exige cláusula facultativa expressa, isto é, “os Estados-Partes podem declarar que reconhecem a competência da Comissão para receber e examinar comunicações em que um Estado-Parte alegue que outro Estado-Parte tenha cometido violação a direito previsto na Convenção” (PIOVESAN, 2007b, p. 236). Contudo, para a utilização das comunicações interestatais, ambos os Estados precisam fazer declarações expressas aceitando a competência da Comissão para o mecanismo. Em virtude do componente político envolvido, este mecanismo não possui eficácia, tanto que até o momento não se tem notícia de que algum Estado tenha se valido da comunicação interestatal.

Para que uma petição seja aceita deve ter havido o prévio esgotamento dos recursos no âmbito interno, salvo no caso de injustificada demora processual, ou no caso da legislação nacional não assegurar o devido processo legal, bem como inexistir litispendência

¹⁷⁸ Enquanto a comunicação apenas leva ao conhecimento de órgãos internacionais fatos considerados como graves aos direitos humanos protegidos, o direito de petição permite ao indivíduo lesado de exigir uma ação organismos internacionais contra o Estado ofensor. O direito de petição, então, leva o indivíduo perante órgãos internacionais, que por sua vez, podem processar os Estados, tais como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou a Comissão Européia de Direitos Humanos (antes da adoção do Protocolo n. 11). Finalmente, o máximo de intervenção do indivíduo na busca do julgamento internacional do Estado é o direito de ação perante Cortes Judiciais (RAMOS, 2002, p. 271).

¹⁷⁹ Para Walter C. Rothenburg (2005, p. 185): “A possibilidade de acesso dos indivíduos a cortes internacionais com jurisdição sobre os Estados, como forma de garantir os direitos fundamentais desrespeitados em âmbito interno e não adequadamente protegidos pelos órgãos judiciários nacionais, revela uma tendência moderna de deslegitimação do Estado e de seu aparelho judiciário”.

internacional (art. 46 da Convenção Americana). A regra do esgotamento dos recursos internos faz o elo de ligação entre o direito internacional e direito interno, demonstrando a complementaridade dos sistemas, bem como a subsidiariedade do processo internacional.

Se passar pelo juízo de admissibilidade, a Comissão solicita informações ao governo do Estado-parte denunciado. Recebidas as informações, ou transcorrido o prazo sem que as tenha recebido, a Comissão verifica se subsistem os motivos da petição. Se não mais existirem, a Comissão mandará arquivar o feito. Caso contrário, realizará um exame aprofundado do assunto e, sendo necessário, realizará uma investigação dos fatos.

A Comissão se empenhará em buscar uma solução amistosa entre as partes, denunciante e Estado. Se a solução amistosa for alcançada, será elaborado um informe, contendo um relato sobre o ocorrido e a solução obtida. Em caso negativo, a Comissão irá elaborar um relatório, apresentando os fatos e as conclusões pertinentes ao caso e, eventualmente, recomendações ao Estado-parte. Esse relatório é enviado ao Estado-parte, que tem o prazo de três meses para dar cumprimento às recomendações feitas. Dentro desse período, o caso pode ser solucionado pelas partes ou encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é órgão jurisdicional desse sistema regional.

De acordo com o artigo 44 do novo Regulamento da Comissão, de 01/05/2001, caso não haja solução amistosa de um caso perante a Comissão, esta deverá de forma direta e automática submeter o caso à Corte. Anteriormente, cabia à Comissão de forma discricionária, sem critérios objetivos, submeter um caso em que não houve solução amistosa à apreciação da Corte. Dessa forma, “o sistema ganha maior tônica de ‘juridicidade’, reduzindo a seletividade política que, até então, era realizada pela Comissão Interamericana” (PIOVESAN, 2007b, p. 236).

A Comissão pode também realizar investigações *in loco* no território objeto da acusação de violação de direitos humanos, uma vez observados os requisitos de admissibilidade de uma petição ou comunicação, e com o consentimento prévio do Estado. Em casos de extrema gravidade e urgência, a Comissão pode solicitar medidas provisórias para evitar danos irreparáveis às pessoas, tanto em casos que estejam sob o conhecimento da Corte, como em assuntos que ainda não tenham sido submetidos ao conhecimento desta.

Algumas críticas são voltadas ao funcionamento da Comissão: (i) o número reduzido da equipe de advogados (15) para análise de aproximadamente mil petições por ano; (ii)

o número reduzido de ações propostas pela Comissão à Corte; (ii) a lentidão do processamento dos casos desde a data da petição da vítima até a prolação de sentença da Corte; (iv) os custos do processamento de cada causa são elevados, dezenas de milhares de dólares, quando em comparação com o valor de indenização pagos às vítimas em média 10 mil dólares por vítima (RAMOS, 2008, p. 424-425).

Por essas razões, Cançado Trindade defende a reforma da Convenção Americana para possibilitar o acesso direto do indivíduo à Corte Interamericana, assim como ocorreu com a Corte Européia, após os protocolos n^{os} 09 e 11, que extinguíram a Comissão Européia de Direitos Humanos, possibilitando ao indivíduo o *jus standi* diretamente à Corte Européia. Nos dizeres de Trindade (2004, p. 256):

O necessário reconhecimento do *locus standi in judicio* das supostas vítimas (ou seus representantes legais) ante a Corte Interamericana constitui, nesta linha de pensamento, um avanço dos mais importantes, mas não necessariamente a etapa final do aperfeiçoamento do sistema interamericano de proteção, pelo menos tal como concebo tal aperfeiçoamento. Do *locus standi in judicio* dos indivíduos ante a Corte Interamericana há que evoluir rumo ao reconhecimento, mais adiante, do direito de os indivíduos demandarem os Estados Partes diretamente ante a futura Corte Interamericana, levando diretamente a esta última casos concretos (*jus standi*), como órgão *jurisdicional* único do sistema interamericano do porvir.

Ademais, há quem advogue, para a verdadeira jurisdicionalização do sistema, a mudança da sede da Comissão, atualmente em Washington D.C., nos Estados Unidos, para algum país vizinho à Costa Rica ou para a própria, local onde está estabelecida a Corte, a fim de que o sistema ganhe em agilidade concentrando os dois órgãos no mesmo local (MEDEIROS, 2007, p. 206).

3.3.3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte é uma instituição judicial autônoma da Organização dos Estados Americanos, com sede permanente em São José da Costa Rica. Ela é integrada por sete juízes de notório saber jurídico em matéria de direitos humanos, sendo vedada a participação, para o exercício de um mesmo mandato, de mais de um juiz da mesma nacionalidade. A Corte tem o

objetivo de interpretar e aplicar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Ela possui competência tanto consultiva quanto jurisdicional ou contenciosa.

A competência consultiva refere-se à faculdade que têm os Estados-Partes (inclusive aqueles que não aderiram à Convenção) e os órgãos da OEA de consultar a Corte sobre a interpretação da Convenção e de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos (art. 64 da Convenção). Ela também tem competência para analisar casos referentes à compatibilidade de preceitos da legislação interna diante dos instrumentos internacionais.

A despeito desses pareceres não possuírem efeitos vinculantes, ao declararem a interpretação do direito internacional, eles conferem maior segurança jurídica sobre os assuntos que interessam aos atores de direito internacional. Contudo, severas críticas são desferidas contra esse mecanismo, pois segundo alegam haveria um desvirtuamento do sistema consultivo, porquanto estaria sendo utilizado como forma indireta de jurisdição contenciosa, sem o prévio consentimento expresso do Estado interessado. Como explica Ramos (2001, p. 344):

Assim, por meio de “consulta” contendo questões de casos já pendentes na Comissão, o Estado desvirtuaria o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, já que, mesmo que a consulta fosse dada em seu detrimento, o Estado em questão não estaria obrigado a cumpri-la em vista da ausência de força vinculante do parecer consultivo. De qualquer modo o Estado ganharia, quer através de um parecer benéfico, com o conseqüente impacto nos casos em processamento perante a Comissão, quer com o parecer contrário, não vinculante.

A Corte Interamericana tenta evitar tal distorção, pois isso enfraquece a posição da vítima diante da jurisdição contenciosa. Assim, a Corte tende a recusar a prolação de parecer consultivo para a interpretação de situações jurídicas que já estejam sendo processados na Comissão Interamericana e que possam se tornar objeto de futuros processos contenciosos.

A competência jurisdicional (contenciosa) objetiva solucionar casos em que se imputa a um Estado parte a violação da convenção (artigos 61, 62 e 63 da Convenção). O exercício da competência contenciosa só é possível se o Estado reconheceu, expressamente, sob a forma de cláusula facultativa, sua jurisdição¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Dos 25 Estados que atualmente fazem parte da Convenção Americana, 22 deles reconheceram até o momento a competência em matéria contenciosa da Corte.

Para que a demanda seja apresentada à Corte é necessário que haja indicativos claros de omissão ou ineficiência das autoridades incumbidas da apuração e responsabilização dos culpados no âmbito interno do Estados, ou seja, a Corte tem uma função adicional, coadjuvante e complementar das jurisdições internas.

As sentenças proferidas pela Corte¹⁸¹ podem determinar o pagamento de indenizações às vítimas (condenação de ordem pecuniária) e também determinar a implementação de políticas públicas de combate à violação aos direitos humanos (obrigação de fazer ou não fazer ao Estado parte), cada uma delas obedecendo, quanto à sua implementação, a procedimentos próprios (art. 68 da Convenção¹⁸²).

Na primeira hipótese a execução se dará em conformidade com as regras internas de execução de sentenças nacionais contra o Estado e na segunda hipótese dependerá da normatividade interna, sendo o Estado livre para escolher a melhor forma de cumprir a decisão, podendo efetivá-la de diversos modos, a seu talante.

A reparação pecuniária pode ser objeto de conciliação entre as partes, incumbindo à Corte a homologação ou pode ser fixada na própria sentença que reconhece a responsabilidade (objetiva) internacional do Estado por violação de direito protegido.

Caso não haja cumprimento espontâneo das decisões da Corte pelo Estado, possibilita-se à Corte Interamericana a inclusão desses casos no relatório anual submetido à Assembléia Geral da OEA (art. 65), que, agindo como instância intergovernamental política, pode levar à condenação moral do Estado no âmbito internacional a fim de pressionar o Estado descumpridor.

Não obstante, a Corte desenvolveu uma doutrina própria através de sua jurisprudência no sentido de que possui competência para supervisionar o cumprimento de suas sentenças, de índole pecuniária ou não, como nos casos em que determina a reabertura de

¹⁸¹ Existe controvérsia no Brasil se a decisão da Corte Interamericana seria uma sentença internacional, que possibilitaria sua execução imediata, ou uma sentença estrangeira, que dependeria de prévia homologação pelo Supremo Tribunal Federal, que com a EC 45/04, transferiu essa competência para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “i” da CF). A primeira interpretação é a que confere maior eficácia à sentença interamericana.

¹⁸² “Artigo 68. “ 1.Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.”

processos judiciais ou incompatibilidade de leis internas em face da Convenção Americana, o que levou os Estados condenados a questionarem essa competência da Corte¹⁸³.

Diferentemente de países como a Colômbia e a Costa Rica, o Brasil ainda não possui uma legislação específica sobre a execução da sentença interamericana contendo obrigações de fazer e não-fazer¹⁸⁴, mas isso não significa que uma condenação dessa espécie deverá aguardar a edição de uma lei nesse sentido, pois os instrumentos processuais internos já possibilitam essa execução.

Assim, no âmbito interno, se houver inércia do Estado brasileiro no cumprimento da sentença condenatória da Corte Interamericana, no caso de condenação pecuniária, deverá a própria vítima, representada por advogado ou defensor público, ou o Ministério Público promover ação de execução contra a Fazenda Pública (art. 100 da CF/88 e artigos 730 e 731 do CPC) ou, no caso de obrigação de fazer ou não-fazer, se valer da tutela específica para essas espécies de obrigação (art. 461 do CPC).

3.3.3.1 A jurisdição obrigatória da Corte Interamericana sobre o Brasil e a cláusula temporal

Embora já houvesse a previsão para a formação de um tribunal internacional de direitos humanos pelo Brasil, no art. 7º do ADCT (não se sabe ao certo se a menção era a

¹⁸³ A primeira vez que um Estado questionou formalmente a competência da Corte para supervisionar suas sentenças foi no Caso Baena Ricardo e outros, em que o Panamá afirmou: “*a etapa de supervisão de cumprimento de sentença é “uma etapa ‘post-adjudicativa’, [...] que não se encontra na esfera judicial que corresponde à Honorável Corte senão estritamente na política, que aqui é exclusiva da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos”.* “*É precisamente por causa de sua reconhecida natureza política e não judicial que referida etapa post-adjudicativa nunca se encontra prevista nas normas que regulam a jurisdição e o procedimento dos tribunais internacionais* (Corte IDH, Caso Baena Ricardo e outros v. Panamá, sentença de 28 de novembro de 2003, série C, n. 104, §54).

¹⁸⁴ O projeto de Lei n. 3.214/00, de proposição do Deputado Marcos Rolim, disciplinava os efeitos jurídicos das decisões da Comissão e Corte no âmbito interno, afastando a necessidade de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, que passariam a ser executadas em face da União, cabendo à esta o direito de regresso contra o ente público ou privado que tivesse cometido a violação que gerou a condenação interamericana. Este projeto não mencionava a implementação das obrigações de fazer e não-fazer e acabou sendo arquivado. Em 2004, o tema volta à pauta legislativa por meio do PL n. 4.667, de autoria do Deputado Federal José Eduardo Martins Cardoso. Em novembro de 2006 foi aprovado o substitutivo a este projeto, tendo como relator o Deputado Federal Orlando Fantazzini, que incluiu várias alterações no projeto original, mas que também foi arquivado em 31.01.2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=328424>. Acesso em: 2 mar. 2009.

um tribunal penal¹⁸⁵ ou um tribunal de direitos humanos), o Estado brasileiro somente em 1998 reconheceu a competência da jurisdição da Corte IDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, por meio do decreto Decreto Legislativo n. 89, de 03 de dezembro de 1998.

Em 17 de agosto de 2006, a Corte IDH condenou o Brasil pela primeira vez¹⁸⁶, em decorrência da tortura e morte de Damião Ximenes, em outubro de 1999, enquanto estava internado em uma clínica filiada ao SUS, no interior do Ceará. A Corte Interamericana considerou que o Brasil violou sua obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, violou o direito à integridade pessoal de Ximenes e de sua família e feriu os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial a que têm direito seus familiares¹⁸⁷.

Imperioso destacar que foi instituída a *Comissão de Tutela dos Direitos Humanos* pelo Decreto n. 4.433, de 18/10/2002, no âmbito da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, com a atribuição, dentre outras, de acompanhar a defesa da República Federativa do Brasil nos processos que tramitam na Comissão e na Corte Interamericanas, gerir e fiscalizar a dotação orçamentária interna para implementação das indenizações objeto de tais condenações e acompanhar a solução, no âmbito interno, dos problemas que geraram a condenação do Brasil. A institucionalização desta Comissão demonstra a preocupação com as repercussões negativas da possibilidade de se responsabilizar o Brasil internacionalmente pelas violações de direitos humanos previstos em tratados internacionais que ocorrem em seu território.

Não obstante a adesão do Brasil à jurisdição da Corte IDH, com a inserção no seu ato de reconhecimento de “*cláusula temporal*”, ou seja, somente os casos ocorridos a partir

¹⁸⁵ O Brasil assinou o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, em 07.02.2000, tendo sido aprovado por meio do Decreto Legislativo 112, de 06.06.2002 e internalizado pelo Decreto nº 4.338, de 25.09.2002.

¹⁸⁶ O Estado brasileiro sofreu mais duas condenações na Corte Interamericana: “Caso Escher e outros”, julgado em 06.07.2009, que se refere à violação aos direitos à privacidade e liberdade de associação, e “Caso Garibaldi”, sentenciado em 23.09.2009, referente à omissão em investigar e punir o homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27 de novembro de 1998, durante uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem terra, que ocupavam uma fazenda no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná.

¹⁸⁷ O governo brasileiro autorizou o pagamento de indenização à família de Damião Ximenes Lopes no valor de R\$250.000,00, apenas três dias antes de vencer o prazo estabelecido pela sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Decreto nº 6.185, de 13 de agosto de 2007). Com relação à determinação de dar celeridade ao processo penal que corre na Justiça do Ceará há oito anos, com a garantia de que os responsáveis serão julgados e punidos, a forma acordada de se agilizar o julgamento foi levar o caso ao Conselho Nacional de Justiça (IWASSO, 2007, p. A13).

do seu reconhecimento poderiam ser conhecidos pela Corte, há que se distinguir duas situações: (i) determinadas violações de direitos humanos previstos na CADH possuem caráter permanente; (ii) a obrigação do Estado brasileiro em investigar e punir os responsáveis por crimes contra a humanidade surge com a adesão à CADH e ao Pacto Internacional de Direitos Civis (PIDCP).

Quanto à primeira situação, a jurisprudência da Corte IDH reconhece que o crime de desaparecimento forçado é um crime de execução continuada, cuja consumação se prolonga no tempo. No já mencionado “caso Goiburú e outros”, a Corte IDH enfatizou que o crime de desaparecimento forçado possui caráter complexo, pois atinge vários direitos protegidos por instrumentos internacionais, relacionados à própria vítima do desaparecimento e que ela pode conhecer diretamente, em virtude do seu caráter de crime continuado:

83. A necessidade de considerar integralmente o delito de desaparecimento forçado de forma autônoma e com caráter continuado ou permanente, com seus múltiplos elementos complexamente interconectados e fatos delitivos conexos, desprende-se não só da própria tipificação do citado artigo III na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, os *travaux préparatoires* a esta, seu preâmbulo e normativa, mas também do artigo 17.1 da Declaração das Nações Unidas sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados de 1992, que inclusive agrega um elemento a mais, ligado ao dever de investigação, ao indicar que o delito de referência deve ser considerado “permanente enquanto seus autores continuem ocultando o destino e o paradeiro da pessoa desaparecida e enquanto os fatos não forem esclarecidos”. A jurisprudência internacional também reflete este entendimento, e os artigos 4 e 8 (1) (b) da citada Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a matéria o citam em termos similares¹⁸⁸ (tradução nossa).

Os Estados Partes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e ou da Convenção Americana sobre Direitos Humanos possuem, em relação ao desaparecimento forçado, enquanto o paradeiro for desconhecido, o dever de investigar seus fatos constitutivos e punir os responsáveis, devendo fazê-lo de acordo com as disposições dos respectivos tratados.

¹⁸⁸ “83. La necesidad de considerar integralmente el delito de desaparición forzada en forma autónoma y con carácter continuado o permanente, con sus múltiples elementos complejamente interconectados y hechos delictivos conexos, se desprende no sólo de la propia tipificación del referido artículo III en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, los *travaux préparatoires* a ésta, su preámbulo y normativa, sino también del artículo 17.1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992, que incluso agrega un elemento más, ligado al deber de investigación, al señalar que el delito de referencia debe ser considerado “permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos”. La jurisprudencia internacional refleja también este entendimiento⁶⁶ y en similares términos se refieren los artículos 4 y 8(1)(b) de la señalada Convención Internacional de Naciones Unidas en la materia”.

Esta obrigação deve ser cumprida, em princípio, assim que o Estado se torne parte do tratado, independentemente dos fatos constitutivos do desaparecimento forçado terem ocorrido antes da entrada em vigor do tratado para o Estado. Por outro lado, como já assinalado, a investigação e a punição do desaparecimento forçado são hoje obrigação de *jus cogens*, o que significa que os Estados têm o dever de cumpri-la, independentemente dos tratados que tenham ratificado.

No tocante a segunda situação, a omissão do Estado brasileiro em apurar e punir os crimes contra a humanidade caracteriza uma violação ao PIDCP e à CADH, independentemente da data em que tenham ocorrido esses crimes, a partir do momento que o Estado acedeu a esses instrumentos, porquanto a violação analisada não diz respeito ao crime cometido anteriormente à adesão a esses instrumentos, mas, sim, em relação à violação de investigar e punir os responsáveis.

Assim, a Corte Interamericana indicou no “Caso Comunidade Moiwana v. Suriname”, sentença de mérito, de 25 de junho de 2005, a respeito de uma execução extrajudicial, que, “ao aceitar a Convenção Americana no ano de 1987, a primeira ação legal que Suriname estava obrigado a proporcionar era uma investigação rápida e exaustiva sobre os fatos de 29 de novembro de 1986”¹⁸⁹ (tradução nossa).

Esse entendimento já havia sido adotado pela Corte IDH no “caso Blake v. Guatemala”, sentenciado em 24 de janeiro de 1998, quase um ano antes do reconhecimento pelo Brasil da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ademais, no tocante à lei de anistia brasileira, a Corte IDH, embora não tenha competência *ratione temporis* para declarar uma suposta violação da lei de anistia com a obrigação do Estado de adequar o direito interno (art. 2º da CADH) no momento em que referida lei foi promulgada (1979), nem a respeito a sua vigência e aplicação até 06.11.1992, quando a Convenção Americana foi promulgada e internalizada pelo Decreto 678/92, porque até este momento não existia o dever do Estado de adequar a sua legislação interna aos parâmetros da CADH, a partir desta data (06.11.1992), existe para o Brasil esta obrigação e a Corte IDH é

¹⁸⁹ “146. Al acceder a la Convención Americana en el año 1987, la primera acción legal que Suriname estaba obligado a suministrar era una investigación pronta y exhaustiva sobre los hechos del 29 de noviembre de 1986”.

competente para declarar se o Brasil a cumpriu ou não. Este entendimento foi aplicado ao “Caso Almonacid v. Chile”¹⁹⁰.

Ressalte-se que no Relatório nº 33/01, relacionado à Guerrilha do Araguaia¹⁹¹, a Comissão IDH já havia reconhecido a competência *ratione temporis* para conhecer das violações aos artigos 1, § 1, 4, 8, 12, 13 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois tais violações, pela sua natureza, eram contínuas no tempo, na mesma esteira de entendimento da jurisprudência da Corte IDH.

Assim, a lógica do Caso Blake pode ser perfeitamente aplicada ao Brasil, tornando ineficaz a cláusula temporal inserida no nosso ato internacional de reconhecimento da jurisdição da Corte.

Saliente-se, por fim, que o caso Blake, que nos traz essa interpretação sobre os limites à jurisdição temporal da Corte, foi sentenciado em 24 de janeiro de 1998, quase um ano antes do reconhecimento pelo Brasil da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ou seja, pelo princípio da boa-fé, o Brasil não poderá alegar que desconhecia ser possível que, casos como o da “guerrilha do Araguaia” ou mesmo a nossa “lei de anistia” pudessem ser apreciados pela Corte (RAMOS, 2004, p. 310).

Dessa forma, a obrigação do Estado brasileiro de perseguir, investigar e punir os responsáveis por violações graves de direitos humanos e por crimes de lesa-humanidade praticados no período de ditadura militar, surgiu a partir do instante em que ratificou a ratificação da Convenção Americana e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sendo exigível no tocante a fatos constitutivos deste tipo de violações e crimes ocorridos antes da ratificação desses instrumentos internacionais pelo respectivo Estado e de sua vigência.

¹⁹⁰ 50. [...] la Corte no tiene competencia para declarar una presunta violación al artículo 2 de la Convención al momento en que dicho Decreto Ley fue promulgado (1978), ni respecto a su vigencia y aplicación hasta el 21 de agosto de 1990, porque hasta ese momento no existía el deber del Estado de adecuar su legislación interna a los estándares de la Convención Americana. No obstante, a partir de esa fecha rige para Chile tal obligación, y esta Corte es competente para declarar si la ha cumplido o no.

¹⁹¹ Sobre o relatório nº 33/01 (Guerrilha do Araguaia), ver item 3.4.1.

3.4 OS DIREITOS DAS VÍTIMAS PREVISTOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DESRESPEITADOS PELA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS AGENTES ESTATAIS ENVOLVIDOS COM A REPRESSÃO POLÍTICA DURANTE A DITADURA MILITAR NO BRASIL

A partir da sua adesão à Convenção Americana, o Estado brasileiro assumiu uma série de obrigações de implementar as disposições previstas neste tratado e de solucionar eventuais conflitos de seu ordenamento jurídico em face dessas disposições.

Uma série de direitos e garantias assegurados pela CADH são desrespeitados pelo Estado brasileiro em relação às vítimas das graves violações contra os direitos humanos cometidas pela ditadura militar, seja pela aplicação da lei de anistia, seja pela consideração de que tais violações não são crimes contra a humanidade e, por consequência, são prescritíveis, ou por qualquer outra forma de exclusão de punibilidade dos responsáveis, que conduzem à ausência de responsabilização penal dos agentes da repressão.

Vale lembrar que o dano a essas vítimas se perfaz com a omissão do Estado brasileiro em exercer a persecução penal que viola direitos das vítimas previstos na CADH, independentemente de qualquer dano material suportado por elas que, no entanto, poderá ser discutido no momento da reparação.

Durante um período ditatorial vários direitos civis e políticos, dentre elas as garantias processuais, previstos na CADH são violados, pois esses regimes se caracterizam pela prática de prisões arbitrárias, torturas, desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais, ocultação de cadáveres, etc., dos opositores políticos do regime.

Assim, grosso modo, pode-se dizer que a ditadura militar no Brasil violou os seguintes direitos dos opositores políticos previstos na CADH: (i) o art. 4º, §§1º e 4º (direito à vida)¹⁹²; (ii) o art. 5º, §§1º e 2º (direito a um tratamento humano)¹⁹³; (iii) art. 7º, §§ 1º a 6º (direito

¹⁹² **Art. 4º - 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.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.

¹⁹³ **Art. 5º - 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 devido respeito à dignidade inerente ao ser humano.

à liberdade pessoal)¹⁹⁴; (iv) o art. 8, §1º (direito a um julgamento justo)¹⁹⁵; (v) o art. 25 (direito à proteção judicial)¹⁹⁶; (vi) art. 12, §1º (liberdade de consciência e de religião)¹⁹⁷; (vii) o art. 13 (direito à liberdade de pensamento e expressão)¹⁹⁸ e (viii) o art. 1º, §1º (obrigação de respeitar

¹⁹⁴ **Art. 7o - 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 à detenção ou 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 outra autoridade permitida 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 tribunal competente, a fim de que este 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 prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, 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.

¹⁹⁵ **Art. 8º - Garantias judiciais**

1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹⁹⁶ **Art. 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.

¹⁹⁷ **Art. 12 - Liberdade de consciência e de religião**

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

¹⁹⁸ **Art. 13 - Liberdade de pensamento e de expressão**

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas as responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
 - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

os direitos previstos)¹⁹⁹.

Como essas violações ocorreram antes do Estado brasileiro aderir à CADH, elas não podem ser conhecidas, ressalvadas aquelas violações que ostentem caráter de permanência, como o desaparecimento forçado, que possui caráter complexo e envolve a violação de uma série de direitos (prisão ilegal, assassinato e ocultação de cadáver etc.).

Quanto aos parentes de vítimas e sobreviventes, a ausência de responsabilização penal dos autores desses delitos, a partir da adesão do Brasil à CADH, implica na violação dos seguintes dispositivos da Convenção: (i) o art. 1, § 1 (obrigação de respeitar os direitos previstos); (ii) dever de adotar disposições de direito interno (art.2º)²⁰⁰; (iii) o art. 8, §1º (direito a um julgamento justo); (iv) o art. 25 (direito à proteção judicial).

A partir da interpretação desses dispositivos pelas decisões da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos, pode-se afirmar que o Estado brasileiro vem violando os seguintes direitos dos parentes de vítimas e sobreviventes ao deixar de exercer a persecução penal em face dos agentes estatais da repressão política: (1) o direito de acesso à justiça, direito à garantia judicial e o direito a um julgamento, (2) o direito à proteção judicial, também considerado como o direito a um remédio efetivo, (3) o direito à reparação e (4) o direito à verdade.

O direito de acesso à justiça, do qual decorrem todos os demais, vem sendo interpretado como o direito a uma investigação que identifique os responsáveis pelas violações, o direito de processar as pessoas identificadas, o direito de punir os responsáveis e o direito a uma compensação pelos males sofridos. Este direito, inerente ao próprio Estado de Direito, assegura que qualquer pessoa que teve violado um interesse legítimo possa socorrer-se da garantia institucional da via judiciária a cargo do Estado.

Assim, no “Caso Barrios Altos v. Peru”, sentença de mérito, de 14 de março de 2001, §43, interpretando os artigos 1, § 1 e 2 da Convenção Americana de Direitos, a Corte IDH

¹⁹⁹ **Art. 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 outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

²⁰⁰ **Art. 2º - Dever de adotar disposições de direito interno**

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 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.

entendeu que as leis de auto-anistia “impedem a identificação dos indivíduos responsáveis de violações a direitos humanos, já que se obstaculiza a investigação e o acesso à justiça”.

O direito à garantia judicial, que normalmente é mais associada ao respeito ao devido processo legal no âmbito criminal, também é entendido, nos termos do art. 8, §1º, da CADH, como o direito a ser ouvido com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei. A “redação é generosa (direito a ser ouvido) e ampla (em lides de *qualquer natureza*) abarca tanto o Autor quanto o Réu em qualquer processo, inclusive o penal” (RAMOS, 2001, p. 244).

No relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos nº 36/96 sobre o caso n. 10.843 (“Caso Hermosilla v. Chile”), §§ 62-67, decidiu-se “que as conseqüências jurídicas da auto-anistia são incompatíveis com a Convenção, já que transgridem o direito da vítima a julgamento justo consagrado em seu artigo 8º [...]”.

Em muitos sistemas de direito penal da América Latina, a vítima tem o direito de formular acusações numa ação penal, v.g., Argentina e Chile. Nesses sistemas, a vítima de um delito tem o direito fundamental de acudir aos tribunais. Esse direito é essencial para ativar o processo penal e levá-lo adiante.

E nos sistemas onde vigora a ação penal pública, como no Brasil e Uruguai, que se inicia com a denúncia do Promotor Público? No relatório 29/92 da Comissão IDH, envolvendo a lei de anistia do Uruguai (lei 15.848), este país argumentou que em virtude de seu sistema penal não permitir que a vítima seja titular da ação penal, o quê a sua lei de anistia teria declarado como sendo extinta seria o poder do Promotor público de oferecer as denúncias, de maneira que o eventual prejudicado pela não-punição dos violadores de direitos humanos não seria a vítima, mas o próprio Estado, por meio do Ministério Público.

Por essa visão, a vítima não teria interesse jurídico na persecução penal, tendo apenas interesse o Ministério Público, órgão do Estado, de maneira que não teria cabimento a aplicação de um tratado de direitos humanos para declarar violado um *direito do Estado*.

O entendimento da Comissão e da Corte Interamericanas é de que nos casos de crimes de ação pública, ou seja, processáveis de ofício, o Estado tem a obrigação legal, indelegável e irrenunciável, de investigá-los. Por essa razão, o Estado, sendo o titular da ação punitiva, tem a obrigação de promover e levar adiante as diferentes etapas processuais, em cumprimento à sua obrigação de garantir o direito à justiça da vítima e de seus familiares. Esta

responsabilidade deve ser assumida pelo Estado como dever jurídico próprio e não como uma gestão de interesses particulares ou dependente da iniciativa dos interessados ou do oferecimento de provas pelos mesmos.

Por óbvio, mesmo nos sistemas de ação penal pública, ainda que o Ministério Público não seja coadjuvado pela vítima, ele desempenha um papel de defensor da sociedade e com isso defensor dos direitos da própria vítima.

No caso da lei de anistia do Uruguai, a Comissão Interamericana entendeu que o que foi denunciado como sendo incompatível com a CADH foram as conseqüências legais da anistia no tocante ao direito a um julgamento justo, pois um dos efeitos da lei foi o de negar à vítima ou ao seu representante a oportunidade de participar de um processo criminal que se traduziria (i) pelo meio apropriado para se investigar os crimes denunciados à Comissão Interamericana, (ii) pela possibilidade de se determinar a responsabilidade criminal e (iii) pela imposição da punição aos responsáveis pelos fatos.

Por sua vez, o direito à proteção judicial ou a um remédio efetivo, previsto no art. 25.1 da Convenção Americana, também é violado, porquanto a lei de anistia brasileira vem impedindo não somente ações penais, mas também ações cíveis, sendo que as reparações podem vir, além das indenizações, como uma forma de acesso à verdade, responsabilização ou punição. No já referido Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos nº 36/96 sobre o caso nº 10.843, (“Caso *Hermosilla v. Chile*”), §§ 68-72, denunciou-se que as vítimas e suas famílias tinham sido privadas do seu direito a um efetivo recurso em relação aos direitos violados, consagrados no artigo 25 da Convenção, e que a auto-anistia tinha sido um procedimento geral mediante o qual o Estado havia renunciado à punição de certos delitos graves.

Vale lembrar que o nexu causal é caracterizado pela presença de uma relação ininterrupta de causa e efeito, independentemente de quão longa seja tal relação, desde que contínua. Assim, neste mesmo “Caso *Hermosilla v. Chile*”, a Comissão IDH assentou que:

59. A violação do direito à justiça e a conseqüente impunidade gerada no presente caso constituem uma concatenação de fatos que se iniciam, segundo ficou estabelecido, quando o governo militar expediu em benefício próprio e no dos agentes do Estado que cometeram violações dos direitos humanos uma sucessão de normas destinadas a formar uma complexa rede jurídica de impunidade, que tem seu início formal em 1978, ano em que o governo militar sancionou o decreto-lei nº 2.191, de auto-anistia.

Quanto ao direito à reparação, a Comissão Interamericana tem entendido que a anistia ao inviabilizar um processo criminal também pode afetar o direito à reparação, porquanto as informações e provas coligidas na instrução criminal serviriam para embasar a pretensão na esfera cível. Assim, no Relatório nº 133/99 sobre o caso nº 11.725 (“Caso Espinoza v. Chile”), a Comissão IDH afirmou:

84. Ademais, em todo caso a possibilidade de iniciar uma ação cível, de acordo com a legislação chilena, não está necessariamente vinculada ao resultado do procedimento criminal. Apesar disso, a demanda civil deve ser movida contra uma pessoa determinada para que se possa estabelecer a responsabilidade pelos fatos alegados e determinar o pagamento das indenizações. A falta de investigação por parte do Estado tornou materialmente impossível estabelecer a responsabilidade ante os tribunais civis. Não obstante que a Corte Suprema do Chile tenha assinalado que o fato dos procedimentos civis e penais serem independentes, a maneira como a anistia foi aplicada pelo tribunais afetou o direito de obter reparação nos tribunais civis, ante a impossibilidade de individualizar ou identificar os responsáveis pelo desaparecimento, tortura e execução extrajudicial de Carmelo Soria²⁰¹.

O ordenamento jurídico brasileiro também prevê a independência das instâncias civil e penal (art. 935 do CC²⁰²), mas a sentença penal condenatória transitada em julgado funciona como título executivo judicial no juízo cível (CPP, art. 63), autorizando ao ofendido obter a reparação do prejuízo sem a necessidade de ajuizar uma ação civil de conhecimento. Assim, ao se bloquear o processo criminal, a vítima fica impedida de aparelhar uma execução civil lastreada na sentença penal condenatória contra o próprio autor do crime do qual ela foi vítima, a fim de buscar a devida reparação²⁰³.

Em que pese a responsabilidade civil depender da penal, o que também possibilitaria ao ofendido ou seus herdeiros ingressarem com ação civil reparatória contra o autor do crime, mediante um processo de conhecimento, independentemente do ajuizamento ou

²⁰¹ “84. Además, en todo caso la posibilidad de iniciar una acción civil, de acuerdo con la legislación chilena, no está necesariamente vinculada al resultado del procedimiento criminal. Pese a ello, la demanda civil debe ser interpuesta en contra de una persona determinada para que se pueda establecer la responsabilidad por los hechos alegados y determinar el pago de las indemnizaciones. La falta de investigación por parte del Estado hizo materialmente imposible establecer la responsabilidad ante los tribunales civiles. No obstante que la Corte Suprema de Chile ha señalado que el hecho de que los procedimientos civiles y penales sean independientes,²⁷ la manera como la amnistía fue aplicada por los tribunales afectó el derecho de obtener reparación en los tribunales civiles, ante la imposibilidad de individualizar o identificar a los responsables de la desaparición, tortura y ejecución extrajudicial de Carmelo Soria.”

²⁰² Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

²⁰³ Isso não inibe a vítima de receber a reparação econômica do próprio Estado brasileiro (Leis 9.140/95 e 10.559/02).

resultado da ação penal (CPP, art. 64, *caput*), por aqui como visto, além das ações penais, até mesmo ações de conhecimento cíveis, de conteúdo declaratório, movidas por familiares de vítimas, ou de conteúdo condenatório, visando o ressarcimento ao erário, movida pelo Ministério Público Federal, estão sendo inviabilizadas pela aplicação da lei de anistia brasileira.

Não só o direito das vítimas à ação civil reparatória (*actio civilis ex delicto*), mas também o da coletividade, à promoção dos valores da justiça de transição, são afetados pela anistia que protege os indivíduos da responsabilidade civil e impede o acesso ao pedido por danos, direta ou regressivamente, ou apenas declaratórios apurados em um procedimento cível.

Como veremos no capítulo 4, no direito internacional, o direito à reparação, além da indenização à vítima pelos danos materiais e morais sofridos, pode envolver outras formas de satisfazer tanto os direitos das vítimas, que não tenham alcance pecuniário, como a proteção da ordem pública internacional, inserindo-se nesse contexto a garantia da não-repetição.

Por fim, o direito à verdade, tanto para os familiares das vítimas, quanto para a própria sociedade brasileira, é obstado pela aplicação da lei de anistia. A Corte IDH, no “Caso Almonacid e outros v. Chile”, afirmou que o direito à verdade “se encontra subsumido no direito da vítima ou seus familiares a obterem dos órgãos competentes do Estado o esclarecimento dos fatos violatórios e as responsabilidades correspondentes, através da investigação e o julgamento que prevêm os artigos 8 e 25 da Convenção”²⁰⁴. A Corte IDH também concluiu no julgamento do caso de “Damião Ximenes v. Brasil”:

206. [...] que o Estado não proporcionou às (sic) familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, se for o caso, a punição dos responsáveis e a reparação das consequências das violações. O Estado tem, por conseguinte, responsabilidade pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo tratado, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda.

A mesma conclusão aplica-se em relação aos familiares de vítimas e sobreviventes da ditadura militar. Por todas essas razões im procedem as críticas de que os tratados internacionais de direitos humanos estariam sendo invocados pelo Estado, por meio do

²⁰⁴ “148.[...] el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”.

Ministério Público, em detrimento dos perpetradores, eis que a lógica da concepção histórica dos direitos humanos determina que eles sirvam como garantia dos cidadãos para contenção ao arbítrio do Estado e, portanto, não podem os agentes deste mesmo Estado, que cometeram uma série de atrocidades, invocá-los como manto para a impunidade, sob pena de subversão de seu conceito e finalidade.

3.4.1 O Relatório nº 33/01 Sobre a Guerrilha do Araguaia

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já elaborou vários relatórios com análises pontuais sobre a validade das leis de anistia em branco de vários países, como Argentina, Uruguai, Chile e Brasil²⁰⁵. Nesta dissertação, destacamos o Relatório 33/01, de 06 de março de 2001, envolvendo o Brasil, que se refere ao caso nº 11.552, sobre a Guerrilha do Araguaia.

Em 7 de agosto de 1995, a Comissão Interamericana recebeu uma petição do departamento brasileiro do *Center for Justice and International Law (CEJIL/Brasil)* e da *Human Rights Watch/Americas* contra o Brasil. E, posteriormente, a representação do Rio de Janeiro do *Grupo Tortura Nunca Mais* e a *Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo* também atuaram como co-peticionários. A petição relacionava-se ao desaparecimento de participantes da Guerrilha do Araguaia, movimento que durou de 1972 a 1975, e a falha do Estado em investigar tais fatos. Desde 1982, familiares de 22 pessoas, que desapareceram durante a guerrilha, têm buscado informações sobre as circunstâncias do desaparecimento e da morte desses guerrilheiros.

O Estado respondeu alegando que não foram esgotados os recursos internos disponíveis e que, devido à adoção de uma Lei (9.140/95) que organiza a investigação e indenização dos casos relacionados com desaparecidos políticos, a petição não teria mais objeto, visto que já teria havido a reparação das violações alegadas, assim como o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelos fatos.

²⁰⁵ Para um panorama completo desses relatórios, ver: BASTOS, Lúcia Elena A. F. *Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 269-292.

A petição sustentava que os fatos ocorridos constituíam uma violação dos direitos garantidos no art. 1 (direito à vida, liberdade e segurança pessoal), art. 25 (direito contra a prisão arbitrária) e art. 26 (direito ao devido processo legal) da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; assim como aos arts. 1, § 1 (obrigação de respeitar os direitos), 4 (direito à vida), 8 (direito a um julgamento justo), 12 (direito à liberdade de consciência e religião), 13 (liberdade de pensamento e de expressão) e 25 (direito à proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Os peticionários sustentavam que a edição da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, representou um passo importante tomado pelo Estado brasileiro no sentido de reparar as violações relatadas na petição, pois, por meio dessa lei, em adição ao reconhecimento da responsabilidade do Estado pelos desaparecimentos, o próprio Estado estabeleceu uma comissão especial encarregada de proceder ao reconhecimento das mortes dos indivíduos que desapareceram por causa de sua participação em atividades políticas, entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1975. A Lei nº 9.140/95 também teve o mérito de fixar a indenização para as pessoas que desapareceram ou foram consideradas mortas. Com base nas evidências, a referida Comissão também foi incumbida de conduzir pesquisas para a identificação dos corpos dos guerrilheiros. Contudo, os peticionários observaram que o Estado nunca forneceu relatórios sobre os cemitérios clandestinos, embora detivesse documentos militares e/ou relatórios confidenciais sobre as operações que haviam sido realizadas, os quais poderiam auxiliar na localização das sepulturas. Da mesma forma, a lei seria insuficiente na medida em que não considerava obrigatória a apuração das circunstâncias em que ocorreram as mortes, bem como a identificação e sanção dos responsáveis. Assim, embora os peticionários reconhecessem o avanço representado pela promulgação desta lei, a consideravam uma reparação insuficiente. Em particular, consideravam que a aplicação combinada da Lei de Anistia e da Lei nº 9.140/95 institucionalizava a impunidade e era portanto contrária aos parâmetros normativos do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

No tocante às alegações dos peticionários, segundo os quais a reparação das violações dos direitos humanos requeria a investigação e, portanto, a punição dos perpetradores, o governo brasileiro afirmou que tal punição seria impossível devido à existência da lei de anistia, emitida em 1979, a qual continuava em vigor, e também mencionou que essa lei havia sido extremamente importante, para o processo de retirada dos militares do poder e da

restauração do Estado democrático, e que havia sido emitida devido à existência de um vasto consenso nacional na época. O Governo brasileiro acrescentou, em sua defesa, que a lei de anistia havia beneficiado ambos os lados da Guerrilha do Araguaia.

Em resumo, as argumentações do Governo brasileiro, solicitando o encerramento do caso, foram as seguintes: (i) a Lei nº 9.140/95 representava uma resposta adequada à questão dos desaparecidos políticos, por meio da assunção da responsabilidade do Estado, pagamento de indenização, reconhecimento de que aqueles que haviam desaparecido estavam mortos, e da tentativa de localizar e identificar seus corpos; (ii) os documentos secretos deveriam ser apresentados de acordo com as classificações a serem providenciadas pelo governo e deveriam ser, posteriormente, requisitados por meio de processo judicial; (iii) sobre a investigação a respeito das circunstâncias das mortes, a lei de anistia havia extinguido a responsabilidade criminal individual das pessoas envolvidas em ambos os lados do conflito, e (iv) a lei de anistia representava um largo consenso nacional, pois ela havia facilitado a institucionalização da democracia a partir dos anos 80.

A respeito das violações alegadas pelos peticionários, o Governo brasileiro reconheceu sua responsabilidade pelas mortes dos guerrilheiros, mas considerou que os peticionários tinham a sua disposição os meios para obter as compensações adequadas por meio da aplicação da Lei nº 9.140/95. O governo brasileiro negou que a lei de anistia e a Lei nº 9.140/95 tivessem incentivado a impunidade no Brasil.

Nas observações da Comissão Interamericana, os fatos descritos ocorreram a partir de 1972, período em que o Brasil ainda não havia ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos. Entretanto, todos os Estados-partes da OEA estão sujeitos à jurisdição da Comissão Interamericana, a qual, para esses casos de não-ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, de acordo com o art. 20 do seu Estatuto, deve examinar as comunicações a respeito das alegadas violações com base na Convenção Americana de Direitos e Deveres dos Homens.

Dessa forma, a Comissão Interamericana teria competência *ratione temporis* para decidir se, no período anterior a 25 de setembro de 1992 (data da ratificação da Convenção Americana pelo Brasil), existiram violações aos arts. 1, 25 e 26 da Convenção Americana.

A Comissão Interamericana também interpretou que teria competência pela razão do tempo envolvido nas violações dos arts. 1, § 1, 4, 8, 12, 13 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois tais violações, pela sua natureza, eram contínuas no tempo.

Quanto à regra do esgotamento dos recursos internos, a Comissão estimou que no presente caso, a demora, até então, de mais de 18 anos sem uma decisão definitiva de mérito não poderia ser considerada razoável, razão pela qual a Comissão entendeu que o requisito do esgotamento dos recursos internos não poderia ser exigido²⁰⁶.

Em 26 de março de 2009, a Comissão Interamericana, considerando que o Estado brasileiro não implementou satisfatoriamente as suas recomendações, submeteu o caso à Corte Interamericana, que decidirá se o Brasil violou as obrigações previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, podendo responsabilizá-lo internacionalmente por estas violações.

3.4.2 A Audiência Temática Sobre a Lei de Anistia Brasileira²⁰⁷

A audiência temática sobre a lei de anistia brasileira realizou-se no dia 27 de outubro de 2008, na sede da Comissão Interamericana, por solicitação do *Center for Justice and International Law* (CEJIL/Brasil). Essa audiência não se referia a nenhum caso específico, mas pretendia demonstrar como a lei de anistia brasileira e outros instrumentos jurídicos, como a prescrição e a interpretação cerrada do devido processo, vinham sendo um obstáculo para a consecução da justiça para os casos de graves violações contra os direitos humanos praticados pela ditadura militar no Brasil, infringindo, por consequência, o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Dela participaram o Procurador da República Marlon Alberto Weichert, representando o Ministério Público Federal do Brasil, Viviana Krsticevic e Beatriz Affaso,

²⁰⁶ A ação dos familiares visando à quebra de sigilo das informações militares acerca do local dos restos mortais, bem como ao traslado e sepultamento das ossadas das pessoas vitimadas, que havia sido ajuizada em 1982, somente foi julgada pelo mérito em 10.06.2003. O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que julgou o Recurso Especial em junho de 2007, determinando o início da abertura dos documentos oficiais relacionados à Guerrilha do Araguaia (STJ, Resp. n. 873.371-DF, Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, maioria, DJ 20/09/2007).

²⁰⁷ O vídeo dessa audiência também está disponível no *site* da Procuradoria Regional da República na 3ª Região. Disponível em: <http://www.prr3.mpf.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=143&Itemid=184>.

representantes da CEJIL, e o Presidente da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça do Brasil, Paulo Abrão Pires Junior, e Márcia Adorno Ramos, do Ministério de Relações Exteriores do Brasil, representando e defendendo o Estado brasileiro.

As representantes da CEJIL sustentaram que diferentemente de outros países da América Latina, o Brasil não deu passos concretos para a investigação e punição dos responsáveis pelas graves violações contra os direitos humanos. O Procurador da República fez um apanhado do panorama sobre a aplicação da lei de anistia brasileira pelas instituições brasileiras e as tentativas infrutíferas de responsabilização dos autores dos crimes da ditadura²⁰⁸, em virtude da interpretação de que a lei de anistia extinguiu a punibilidade dos agentes, ou de que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a figura dos crimes contra a humanidade e que os fatos estariam prescritos. Afirmou que o Brasil não implementou os postulados da justiça de transição e que as cúpulas dos Poderes Executivo e Judiciário reconhecem e defendem a aplicação da lei da anistia, da prescrição e do esquecimento, com honrosas exceções.

Por sua vez, o representante da Comissão de Anistia, Paulo Abraão, sustentou que dentro da organização da estrutura dos Poderes no Brasil cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre a interpretação da lei de anistia e que realmente as tentativas de responsabilização dos agentes propostas foram indeferidas, seja pela aplicação bilateral da lei de anistia ou pela aplicação da prescrição. Afirmou que com o ajuizamento da ADPF nº153 pela OAB, o Supremo Tribunal Federal terá que se pronunciar em definitivo sobre a interpretação da lei de anistia. Fez também um resumo das iniciativas na área do Poder Legislativo, com as edições das leis referentes às reparações das vítimas de perseguição política, bem como as iniciativas do Poder Executivo, que criou a Comissão de Mortos e Desaparecidos, publicou o Livro Memória e Verdade, e também tem mantido uma exposição fotográfica denominada “Dos mortos e desaparecidos do país”. Quanto à Comissão de Anistia, traçou um balanço dos trabalhos no tocante aos requerimentos de anistia encaminhados, bem como no sentido da promoção de políticas públicas de memória social e da instituição de um memorial de anistia política.

Os integrantes da Comissão Interamericana questionaram vários pontos, tais como: (i) as posições do governo brasileiro no caso da extradição do major uruguaio envolvido na Operação Condor (Extradição nº 974) e da Advocacia-geral da União na ação civil pública

²⁰⁸ As tentativas infrutíferas de responsabilização penal dos agentes da repressão política foram relacionadas no item 2.4.

(autos nº 2008.61.00.0011414-5) ajuizada pelo MPF contra União e dois torturadores; (ii) a questão da abertura dos arquivos da ditadura militar; (iii) o alcance da lei 9.140/95; (iv) quais os meios viabilizados pelo governo brasileiro para o esclarecimento do direito à verdade. As partes prestaram seus esclarecimentos sobre os questionamentos da Comissão e audiência foi encerrada.

Cumprido analisar a quais agentes e instituições, dentro da organização político-administrativa brasileira, pode ser imputada as violações aos direitos das vítimas da ditadura militar previstos na CADH, aptas a ensejar a responsabilização internacional do Estado brasileiro, mas antes merece comentários um tema que certamente demandará futuras reflexões.

3.5 DIREITOS DOS PERPETRADORES: TERCEIROS PREJUDICADOS FRENTE A SENTENÇA INTERNACIONAL?

Vimos que um dos elementos da responsabilidade internacional do Estado por violações de Direitos Humanos é a imputabilidade que vincula a conduta do agente ao Estado responsável. Em suas sentenças, a Corte IDH, ao fazer um juízo de imputação do ato ilícito, indica uma ou mais pessoas responsáveis pelas violações.

Certo é que a Corte IDH não condena o infrator pessoalmente, senão o Estado obrigado a prover a observância aos direitos humanos, porém também é certo que a sentença expressamente determina o exercício da persecução penal contra os perpetradores no capítulo das reparações, no tocante ao dever de investigar, processar e punir os responsáveis.

Como adverte García Ramírez (2003, p. 163):

Há aqui um ponto para investigações futuras: Qual é a eficácia da sentença da Corte Interamericana com respeito a esses infratores, que pessoalmente incorreram em condutas típicas penais, como são a tortura, o desaparecimento forçado, o genocídio, etc? É verdade que a justiça interna não é chamada a homologar simplesmente a sentença da Corte e em seguida fixar uma pena para o delinqüente; porém o pronunciamento internacional deve possuir uma força e uma condição determinante ante a jurisdição nacional.

Com efeito, as determinações da Corte IDH não podem ser modificadas ou suspensas, sendo que os Estados-parte têm o dever indelével de cumpri-las (artigos 67 e 68 da CADH). Assim, nos casos envolvendo crimes contra a humanidade, o Estado não poderá invocar

a ocorrência de prescrição, anistia ou da coisa julgada, para deixar de levar adiante o dever de exercer a persecução penal contra os responsáveis.

Nesse sentido, algumas considerações devem ser desenvolvidas com relação ao devido processo legal internacional e aos desafios enfrentados no instante da implementação das decisões da Corte IDH com relação aos infratores. Isso porque na lide internacional desenvolvida no Sistema Interamericano, compondo o pólo ativo, estaria na qualidade de autora a Comissão IDH, representando as vítimas, enquanto o pólo passivo da demanda internacional é ocupado pelo Estado-parte, supostamente violador da Convenção Americana.

Ocorre que em determinadas circunstâncias, especialmente em demandas de natureza civil ou administrativa, as decisões das Cortes Internacionais podem afetar a esfera do terceiro alheio ao processo internacional. As dificuldades aumentam quando os casos ultrapassam as questões patrimoniais, como questões de família ou de personalidade.

Em certos casos, alguns Estados declararam que as sentenças internacionais eram inexecutáveis²⁰⁹, uma vez que os prejudicados não participaram da lide internacional, eis que essa se desenvolve de maneira vertical, isto é, entre vítima, representada pela Comissão IDH, e Estado-infrator, não tendo o tribunal internacional que sopesar os interesses individuais conflitantes, porquanto a sua competência é limitada a analisar se o Estado violou a Convenção de Direitos Humanos.

No entanto, entendemos que tal problemática não se aplica aos casos em que a Corte IDH determina o exercício da persecução penal contra os perpetradores, uma vez que este é um dever jurídico próprio do Estado e não uma gestão de interesses particulares ou dependente da iniciativa das vítimas, que deve ser cumprido para que não continue as violações aos ditames da Convenção Americana de Direitos Humanos. Dessa forma, não haveria propriamente colisão de direitos fundamentais das vítimas com o dos perpetradores no exercício da pretensão punitiva pelo Estado.

Por óbvio que nas ações penais internas visando a responsabilização dos perpetradores, os direitos fundamentais penais e processuais dos acusados deverão ser observados pelo Estado brasileiro, sob pena de paradoxalmente o país incorrer em responsabilidade

²⁰⁹ Ver Corte Interamericana: “Caso Ulloa Herrera v. Costa Rica” e “Caso Cantos v. Argentina”. Também no “Caso Görgulu v. Alemanha”, julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos, em 26.02.2004, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que a decisão divergia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Alemã.

internacional por afetar garantias e direitos fundamentais, previstos no mesmo instrumento cujo acatamento se invoca.

A fim de se evitar possíveis entraves no momento da implementação da decisão internacional, especialmente pela recusa por parte do Estado-membro em cumpri-la sob a alegação de que não foram observados os direitos fundamentais previstos na Constituição nacional do infrator pela sentença interamericana, poderia se possibilitar ao suposto autor do crime participar da lide internacional a fim de exercer o contraditório, conferindo assim maior legitimidade ao devido processo internacional.

Esta providência, por certo, trará maiores ônus à lide internacional e também acarretará paulatinamente uma transformação das atribuições do Tribunal Internacional de Direitos Humanos, que originalmente tem como missão averiguar a violação dos Estados-membros aos ditames de instrumentos internacionais de direitos humanos, assemelhando-se cada vez mais às competências dos Tribunais nacionais, que lidam com questões entre particulares.

No entanto, esse é um ônus que a comunidade internacional terá de arcar em virtude da própria expansão normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que é acompanhada pelo alargamento dos mecanismos de solução de controvérsias, bem como da credibilidade que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos já conquistou e que perpassa pela indefectível necessidade de respeito às suas decisões.

3.6 AS ORIGENS DA ILICITUDE: OS ÓRGÃOS BRASILEIROS RESPONSÁVEIS PELAS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DAS VÍTIMAS DA DITADURA MILITAR

Princípio básico de direito internacional é que todo o Estado é internacionalmente responsável por qualquer ato ou omissão, independentemente de qual Poder ou órgão tenha partido a violação dos direitos internacionalmente consagrados²¹⁰. Esse princípio da unidade impede que sejam invocadas pelo Estado violador, a fim de evitar sua responsabilidade internacional, justificativas no sentido de que o ato ilícito foi cometido por um ato de ente federado ou por um Poder independente e autônomo.

²¹⁰ Art. 4º do projeto de 2001 de convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado da Comissão de Direito Internacional.

Conforme decidiu a Corte IDH, no Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros v. Chile), sentença de mérito, de 05 de fevereiro de 2001:

72. Esta Corte entende que a responsabilidade internacional do Estado pode ser causada por atos ou omissões de qualquer poder ou órgão deste, independentemente de sua hierarquia, que violem a Convenção Americana. É dizer, todo ato ou omissão, imputável ao Estado, em violação das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, compromete a responsabilidade internacional do Estado²¹¹ (tradução nossa).

Logo, qualquer espécie de ato pode gerar a responsabilidade internacional do Estado, sejam administrativos, legislativos, ou judiciais, quer tenha sido praticado no exercício de suas funções ou exorbitando delas, quer ainda tenha o ato sido praticado por pessoa que detinha apenas a “aparência” de funcionário, ou seja, era agente do Estado de fato e não de direito.

Começaremos a análise pelo Poder Legislativo, que editou a lei de anistia brasileira nº 6.683/79, a qual vem sendo o maior empecilho para a observância dos direitos das vítimas previstos na Convenção Americana.

3.6.1. Poder Legislativo

Um Estado pode incorrer em responsabilidade internacional em virtude de atos do Poder Legislativo, como resultado de uma promulgação (ação) de uma legislação incompatível com suas obrigações internacionais, ou pela falta (omissão) de uma legislação necessária para o cumprimento de tais obrigações assumidas em Convenções, tratados, etc (PEREIRA, 2000, p. 168).

As leis nacionais, como os demais atos estatais, são simples fatos, que podem violar os direitos humanos. O mesmo se diga das normas constitucionais, que são apreendidas pelas instâncias internacionais como fatos. Esta questão é pacífica na Corte IDH, que na opinião consultiva (OC-14/94), de 9 de dezembro de 1994, afirmou que:

²¹¹ “72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado”.

a promulgação de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção constitui uma violação desta e no caso desta violação afetar direitos e liberdades protegidos a respeito de indivíduos determinados, gera responsabilidade internacional para o Estado²¹² (tradução nossa).

A Corte IDH, neste mesmo parecer, fez uma distinção entre leis de aplicação imediata e de aplicação não imediata. Para as primeiras, “a violação dos direitos humanos, individual ou coletiva, se produz pelo mero fato de sua edição”²¹³ (OC-14/94, §43, tradução nossa). Por outro lado, sendo leis de aplicação não imediata, para se acionar o mecanismo de responsabilidade do Estado, deveria a lei ser aplicada, seja por ato administrativo ou judicial, havendo a necessidade de denúncias de violações concretas de direitos humanos, pois, “a jurisdição contenciosa da Corte exerce-se com a finalidade de proteger os direitos e liberdades de pessoas determinadas e não com a finalidade de resolver casos abstratos”²¹⁴ (OC-14/94, §49, tradução nossa).

Especificamente sobre as leis de auto-anistia, no “caso Barrios Altos v. Peru”, a Corte IDH, na sentença de interpretação sobre o mérito, de 03 de setembro de 2001, resolveu que:

18. A promulgação de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado-parte na Convenção constitui *per se* uma violação desta e gera responsabilidade internacional do Estado. Em consequência, a Corte considera que, dada a natureza da violação constituída pelas leis de anistia n. 26479 e n. 26.492, o resultado na sentença de mérito no caso Barrios Altos tem efeitos gerais²¹⁵ (tradução nossa).

²¹² “50. La Corte concluye que la promulgación de una ley manifestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado”.

²¹³ “43. En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza”.

²¹⁴ “49. La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención.”

²¹⁵ “18. La promulgación de una ley manifestamente contraria a las obligaciones asumidas por un estado parte en la convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del estado. en consecuencia, la corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía no. 26479 y no. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso barrios altos tiene efectos generales[...]”.

Assim, o Estado é responsável pelos atos do legislador, mesmo quando não realiza qualquer medida concreta de aplicação da citada lei. Basta a probabilidade da aplicação deste ato normativo.

No caso de ausência da edição de ato normativo, a responsabilidade do Estado também existe, por força de seu dever de assegurar os direitos humanos. De fato, além da obrigação de respeitar os direitos humanos, uma obrigação de não-fazer, que no caso do Poder Legislativo significa um dever de se abster de editar leis que venham a causar violações dos direitos humanos, existe também a obrigação de garantia, que se concretiza como uma obrigação de fazer, que no caso do Legislativo significa o dever de adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos na Convenção Americana (art. 2º). Com efeito, a Corte IDH reiteradamente tem afirmado que

em direito das gentes, uma norma consuetudinária prescreve que um Estado que celebrou um tratado internacional, deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar a execução das obrigações assumidas. Esta norma aparece como válida universalmente e foi qualificada pela jurisprudência como um princípio evidente [...]. Nesta ordem de idéias, a Convenção Americana estabelece a obrigação de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições da dita Convenção, para garantir os direitos nela consagrados²¹⁶.

Nesse sentido, a Corte IDH, considerou no “Caso Almonacid Arellano”, que o Estado chileno, desde que ratificou a Convenção Americana, vinha mantendo vigente por 16 anos o Decreto-lei 2.191 (auto-anistia), em inobservância às suas obrigações consagradas na Convenção. A Corte, ademais, valorou que referido decreto-lei não estava sendo aplicado pelo Judiciário chileno em vários casos desde 1998, contudo isso não era suficiente para satisfazer as exigências do artigo 2º da Convenção. A uma, porque o artigo 2º impõe uma obrigação legislativa de suprimir toda norma que viole a Convenção e, a duas, porque o critério das cortes internas pode mudar, decidindo-se aplicar novamente uma disposição que para o ordenamento jurídico interno permanece vigente²¹⁷.

²¹⁶ *Caso Almonacid Arellano e outros*, sentença de mérito de 29 de setembro de 2006, série c, nº 162, § 117; *Caso Garrido e Baigorria*, sentença sobre reparações, de 27 de agosto de 1998, §68; e *Caso Durand e Ugarte*, sentença de mérito, de 16 de agosto de 2000, §136.

²¹⁷ “121. *El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una*

Ressalte-se que os efeitos jurídicos de uma lei interna é analisado pela Corte IDH a partir da perspectiva do direito internacional, já que na ordem interna do Estado interessado, essa análise compete aos tribunais nacionais e deve ser resolvida conforme seu próprio direito²¹⁸. Por vezes, dependerá da coordenação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário conferir plena eficácia à sentença de condenação proferida pela Corte IDH, como explica Rodrigo Meirelles Gaspar Coelho (2007, p. 163):

Considere-se a hipótese de o Brasil ser condenado a revogar uma lei interna, devendo deixar de aplicá-la imediatamente. A Administração Pública, em geral o Poder Executivo [e o Ministério Público], deverá observar a determinação de não mais fundamentar suas ações em referida norma. O Poder Judiciário, então, deverá ser chamado a suspender os efeitos da lei e, finalmente, o Poder Legislativo deverá revogá-la. Somente após o ato do Poder Legislativo é que a sentença terá sido completamente executada.

Dessa forma, o Poder Legislativo brasileiro, a partir da adesão à Convenção Americana em 1992, a fim de que não pairasse dúvidas, tinha o dever de revogar a lei 6.683/79, naquilo que é incompatível com os ditames da Convenção Americana, a fim de assegurar os direitos e liberdades nela previstos. Essa omissão legislativa do Estado brasileiro vulnera a Convenção (art. 2º) e gera a responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

3.6.2 Poder Judiciário

A responsabilidade por atos judiciais pode se dar em duas hipóteses: (i) quando a decisão judicial é tardia ou inexistente, o que equivale à ausência de remédio judicial; (ii) ou quando a decisão é considerada, no seu mérito, como violadora de direito protegido.

obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente”.

²¹⁸ Nesse sentido, dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942: “**Art.2º** Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique o revogue. §1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria que tratava a lei anterior”. Assim, a lei de anistia nº 6.683/79, no que toca à investigação e punição dos agentes da repressão (art. 1º e §1º), teria sido revogada pela Convenção Americana de 1992, pois totalmente incompatível com os seus ditames. Contudo, a partir da condenação do Estado brasileiro na Corte IDH deveria ser editado um ato normativo expresso de revogação da lei 6.683/79.

No caso de decisão tardia, argumenta-se que a demora na entrega da prestação jurisdicional faz com que ela seja inútil e ineficaz. Foi consagrado o termo denegação de justiça para tratar da aplicação do critério internacional a certos aspectos da administração judiciária dos Estados, quando se verificar um atraso injustificado ou a obstrução no acesso aos tribunais, grave deficiência na administração do processo judicial ou de recurso com a incapacidade de assegurar as garantias que são geralmente consideradas indispensáveis para a boa administração da justiça.

Os principais tratados internacionais de proteção aos direitos humanos consagram o direito de todas as pessoas ao devido processo legal para se combaterem a lesão ou ameaça de lesão aos seus direitos, cujo remédio deve ser útil e eficaz²¹⁹.

A segunda hipótese de violação de obrigação internacional por atos judiciais ocorre quando a decisão judicial, em seu mérito, é manifestamente injusta, ante o quadro fático delineado no processo, levando à violação de alguma obrigação internacional primária, o que dá lugar a uma valoração internacional diferente da que foi dada internamente.

Esta hipótese, por certo, é mais controvertida, em virtude de implicar na avaliação das qualidades dos mecanismos internos de recurso. Contudo, procura-se fazer uma distinção entre erro e “injustiça manifesta” (BROWNLIE, 1997, p. 555). “O Direito Internacional não pretende que as decisões judiciais sejam infalíveis, mas que a Justiça não deixe de aplicar, quando sabe que deve proceder a essa aplicação, as regras internacionais de proteção” (MAZZUOLI, 2007, p. 472).

Assim, no que respeita à aplicação dos tratados internacionais, se o aparelho judicial do Estado se recusar a atribuir efeitos a um tratado, as suas decisões levarão o Estado a violá-lo, trazendo à tona a responsabilidade internacional do Estado.

No caso da lei de anistia brasileira, o que se observa é que o Poder Judiciário nacional, por ser refratário à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos²²⁰, não considera as disposições da Convenção Americana, de maneira que acaba sobrepondo o ordenamento jurídico interno em detrimento daquela, em que pese a norma expressa da Convenção de Viena sobre direitos dos tratados (art. 27).

²¹⁹ CADH, artigos 8.1 e 25.1; e PIDCP, art.2.3.

²²⁰ De acordo com Sylvia Steiner (2000, p. 130): “Esse o caso do Brasil, onde os tribunais permanecem resistentes à idéia de fundamentar suas decisões em dispositivos trazidos por tratados de proteção aos seres humanos. Interessante notar-se que a mesma resistência não é freqüente quando o fundamento jurídico das demandas levadas ao Judiciário encontra-se em tratados ditos ‘contratuais’, ou que regulem relações de comércio e de tributação entre Estados.”

No “Caso Almonacid v. Chile”, a Corte IDH estabeleceu que:

123. A obrigação prevista no art. 2º da Convenção, tem também a finalidade de facilitar a função do Poder Judiciário de tal forma que o aplicador da lei tenha uma opção clara de como resolver um caso particular. Contudo, quando o Legislativo falha em sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido no art.1.1 da mesma e, conseqüentemente, deve abster-se de aplicar qualquer normativa contrária a ela.[...]

124. A Corte é consciente que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídas pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. **Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação feita pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana**²²¹ (tradução e grifos nossos).

Ressalte-se que a Corte IDH não possui caráter de uma Corte de apelação ou de cassação, contra o qual possa ser oposta a objeção da coisa julgada interna, pois estão sujeitas somente às limitações impostas pelo Direito Internacional²²². Por outro lado, não existe a tríplice identidade entre os elementos das ações nacional e internacional, ou seja, as partes, a causa de pedir e o pedido diferem entre elas. Como explica Ramos (2004, p. 182):

²²¹ “123.La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

²²² Podem ser opostas somente exceções de coisa julgada ou litispendência internacionais (art. 46, “c”, da CADH).

Na jurisdição interna, analisa-se se determinado indivíduo violou lei interna, por exemplo, cometendo certo delito. Para a jurisdição internacional, discute-se, por outro lado, a pretensa violação do Estado diante de suas obrigações internacionais, tendo o Direito Internacional como nova causa de pedir, podendo gerar decisão internacional oposta à decisão judicial.

Dessa forma, quando sentenças jurisdicionais internas se fundamentarem em atos viciados que nitidamente violem os princípios básicos da proteção internacional dos direitos do homem, independentemente da instância ou da hierarquia do órgão judicial, a Corte Interamericana não reconhecerá a autoridade da coisa julgada das mesmas. Esse entendimento aplica-se, especialmente, em relação às leis de auto-anistias. Assim, no Caso Almonacid, em que se discutia a auto-anistia chilena (decreto-lei nº 2.191), a Corte IDH asseverou:

154. No tocante ao principio ne bis in idem, ainda que seja um direito humano reconhecido no artigo 8.4 da Convenção Americana, não é um direito absoluto e, portanto, não resulta aplicável quando: i) a atuação do tribunal que conheceu o caso e decidiu extinguir ou absolver o responsável de uma violação aos direitos humanos ou ao direito internacional obedeceu ao propósito de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal; ii) o procedimento não foi instruído independente ou imparcialmente de conformidade com as devidas garantias processuais, ou iii) não houve a intenção real de submeter o responsável à ação da justiça. **Uma sentença pronunciada nestas circunstâncias indicadas produz uma coisa julgada “aparente” ou “fraudulenta”. Por outro lado, esta Corte considera que se aparecem novos fatos ou provas que podem permitir a determinação dos responsáveis de violações aos direitos humanos, e mais ainda, dos responsáveis de crimes de lesa-humanidade, podem ser reabertas as investigações, inclusive se existe uma sentença absolutória com qualidade de coisa julgada, posto que as exigências da justiça, os direitos das vítimas e a letra e espírito da Convenção Americana afasta a proteção do ne bis in idem**²²³ (tradução e grifos nossos).

Atualmente a questão da interpretação da lei de anistia brasileira está a cargo do Supremo Tribunal Federal que julgará a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, ajuizada pela Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo Relator é o

²²³ “154. En lo que toca al principio ne bis in idem, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia²²³. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa

Ministro Eros Grau. Nesta ação, a OAB pede ao STF que “dê à Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, uma interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)”.

Como adverte Ramos (2004, p. 186):

As Supremas Cortes de cada Estado são, sim, “supremas e proferem a última decisão sobre a existência ou não de violação de direitos humanos no âmbito interno, pois assim está expresso em cada Constituição. A supremacia das Cortes locais permanece, mesmo quando suas decisões são consideradas violatórias do Direito Internacional dos Direitos Humanos, já que as instâncias de controle do Direito Internacional não pertencem a estrutura judicial do Direito interno e se restringem a averiguar a observância das obrigações internacionais.

Na hipótese do STF julgar improcedente esta ação e declarar que a lei 6.683/79 é constitucional, nada impede que o Estado brasileiro seja responsabilizado internacionalmente pela violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, por força da interpretação conferida pela Corte máxima do país ao referido ato normativo.

Considerando o caráter objetivo desta ação²²⁴, cujo resultado valerá contra todos e vinculará todos os demais órgãos do Poder Público, ficarão obstadas todas ações visando a responsabilização penal dos agentes estatais que cometeram crimes de lesa-humanidade durante o período de ditadura militar, de maneira que eventual prejudicado poderá oferecer uma denúncia à Comissão Interamericana visando a responsabilização do Estado brasileiro, a partir da primeira decisão judicial que indeferir a pretensão da persecução penal, com base na decisão do STF na ADPF n. 153, independentemente do prévio esgotamento dos recursos no âmbito interno, porquanto todos os demais órgãos do Judiciário também estarão vinculados a esta decisão do Supremo.

juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in idem. ”

²²⁴ Lei 9889/99, art. 10, §3º: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

3.6.3 Ministério Público

No item 2.4 verificamos algumas tentativas de responsabilização dos agentes da repressão do regime militar que foram e vêm sendo encetadas. Muitas vezes as investigações ou as ações penais foram inviabilizadas por iniciativas do próprio Ministério Público, ao requererem o arquivamento dos casos. Assim, surge a questão de saber se atos privativos do Ministério Público, requerendo o arquivamento das representações ou peças de informação, também podem gerar a responsabilidade internacional do Estado.

De acordo com a Constituição Federal brasileira, o Ministério Público é o titular da ação penal pública e exerce o controle externo da atividade policial (art. 129, incisos I e VII), a fim de evitar a inércia ou abusos. Contudo, como já referido, o entendimento da Comissão e da Corte Interamericanas é de que nos casos de crimes de ação pública, o Estado tem a obrigação legal, indelegável e irrenunciável, de investigá-los, em cumprimento à sua obrigação de garantir o direito à justiça da vítima e de seus familiares.

No nosso sistema processual penal, o pedido de arquivamento é sujeito a controle judicial, que pode discordar do pedido, submetendo o caso ao procurador-geral do Ministério Público, que dará a última palavra sobre a propositura ou não da ação penal (art. 28 do CPP), de maneira que neste caso a responsabilização internacional advirá da atuação do Ministério Público, pois foi quem insistiu no pedido de arquivamento, ao qual o juiz está obrigado a atender. Como esclarece Paola Gaeta (2004, p. 254-255):

a existência de uma obrigação internacional que imponha aos Estados exercerem sua competência penal se refere aos Estados cujo ministério público decide pela oportunidade das ações. Nesses Estados, essa obrigação impõe ao Ministério Público mover ações penais. Portanto, se uma queixa a respeito de um crime internacional for apresentada ao ministério público, ou se este for informado de alguma maneira desse crime, e se não der início a nenhuma investigação nem mover nenhuma ação em virtude de seu poder de apreciação da oportunidade, a responsabilidade internacional do Estado pode ser solicitada.

Porém, nos casos em que houver a chancela judicial quanto as razões do arquivamento, como ocorreu nos casos referentes a Luis José da Cunha e Vladimir Herzog, entendemos que a imputabilidade da responsabilidade internacional do Estado brasileiro deve ser

atribuída ao Poder Judiciário, pois foi quem decidiu por último pelo encerramento da persecução penal, vulnerando os direitos das vítimas estabelecidos na CADH.

3.6.4 Poder Executivo

Na maior parte das vezes, o Poder Executivo é o maior responsável pelo cometimento de ilícitos e pela violação das normas internacionais, pois detém o aparato da máquina do Estado, podendo violá-las quando age segundo o ordenamento interno, quando se omite injustificadamente ou ainda de modo *ultra vires*.

No primeiro caso existe coincidência de qualificação entre o Direito interno e o Direito internacional, pois para ambos o Estado responde pela conduta do agente público que age dentro de suas atribuições.

No caso de omissão dos agentes públicos diante de atos de particulares, também pode haver a responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos. Neste caso, porém, a responsabilidade estatal não decorre propriamente do ato do indivíduo, mas de uma conduta negativa do Estado em relação às obrigações que lhe impõem o Direito Internacional. Assim, não basta a prova da violação do direito protegido, é necessário que o Estado não tenha desempenhado, de modo razoável, o seu dever de prevenir o resultado.

Já no caso de ato *ultra vires* de determinado órgão estatal, o Estado responde pelo ilícito internacional mesmo no caso de o funcionário ser incompetente para a prática do ato, pois o que se leva em conta é a *aparência* de tais funcionários, sendo o Estado responsável pela escolha do mesmo, que ultrapassou as atribuições oficiais do órgão. Dessa forma, o Estado responde mesmo quando o agente exorbita de suas atribuições e pratica atos ilegais, pois o Estado responde pela escolha do funcionário, bem como também pelo dever de diligenciar que tais atos não ocorrem.

De acordo com a Corte IDH “ é um princípio de Direito Internacional que o Estado responde pelos atos de seus agentes realizados amparados por suas funções oficiais e pelas omissões dos mesmos, mesmo se atuaram fora dos limites de suas competências ou em

violação ao direito interno”²²⁵ (“Caso Velásquez v. Honduras”, sentença de mérito, de 29 de julho de 1988, série C, § 170, tradução nossa).

Nesse sentido, ainda que o Estado brasileiro alegue que as graves violações contra os direitos humanos foram praticadas por ações isoladas de agentes da *linha dura* da ditadura militar ou, nos dizeres de Gaspari (2002b, p. 24), pelo “torturador maluco, indisciplinado, emocionalmente desequilibrado”, essa alegação não exime o país de sua responsabilidade internacional, por violações à Convenção Americana que poderiam ser conhecidas em razão do caráter continuado, como os casos de desaparecimentos forçados, que envolvem ofensas ao art. 4 (direito à vida), ao art. 5 (direito a um tratamento humano) e ao art. 7 (direito à liberdade pessoal).

Por outro lado, a Corte IDH na opinião consultiva (OC-14/94) afirmou que a responsabilidade individual dos agentes ou funcionários do Estado pode ser atribuída somente por violações consideradas como delitos internacionais por instrumentos da mesma forma internacionais, tais como crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Nos casos desses crimes internacionais, nenhuma relevância apresenta o fato deles terem sido cometidos em cumprimento de lei do Estado a que pertence o agente ou funcionário²²⁶.

Contudo, no tocante aos direitos humanos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, a competência dos órgãos estabelecidos por ela refere-se exclusivamente à responsabilidade internacional do Estado, e não a dos indivíduos.

Destarte, toda violação dos direitos humanos por agentes ou funcionários de um Estado é de responsabilidade deste, mas se o ato constituir um crime internacional, como um

²²⁵ “170. [...] es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.”

²²⁶ “ 53. Sin embargo, actualmente la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio que, naturalmente, afectan también derechos humanos específicos. 54. En el caso de los delitos internacionales referidos, no tiene ninguna trascendencia el hecho de que ellos sean o no ejecutados en cumplimiento de una ley del Estado al que pertenece el agente o funcionario. El que el acto se ajuste al derecho interno no constituye una justificación desde el punto de vista del derecho internacional. [...] 57. La Corte concluye que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron”.

crime contra a humanidade, nascerá também a responsabilidade individual do funcionário, e a responsabilidade do Estado se sujeitará a um regime jurídico mais gravoso²²⁷.

Quanto à ausência de responsabilização dos perpetradores de crimes da ditadura militar, que também viola direitos das vítimas previstos na CADH, art. 8.1 (direito a um julgamento justo), o art. 25.1 (direito à proteção judicial e o art. 1, § 1 (obrigação de respeitar os direitos previstos), o posicionamento do Poder Executivo nacional também enseja a responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

Com efeito, a postura do Poder Executivo, por meio do Exército, de manter em sigilo os documentos e informações relativas ao período de ditadura militar viola diretamente o direito das famílias de mortos e desaparecidos políticos de obterem dos órgãos do Estado os esclarecimentos das circunstâncias das mortes e saber quem são os responsáveis (direito à verdade), bem como o interesse de toda a sociedade brasileira de ter acesso irrestrito à sua história, além de impedir que essas famílias possam dar enterro digno a seus entes queridos (direito de liberdade de consciência e de religião).

Quanto ao alcance da lei de anistia, como já referido, não existe consenso entre os líderes do governo sobre a interpretação da Lei de Anistia, tanto que nas informações solicitadas pelo relator da ADPF nº 153, o governo apresentou dois pareceres, um da Advocacia-Geral da União contra a responsabilização dos agentes de Estado, mesmo entendimento manifestado nos autos da ação civil pública nº 2008.61.00.011414-5, e outra do Ministério da Justiça a favor da responsabilização.

Porém, o entendimento da Advocacia-Geral da União, que representa a União e presta assessoria jurídica ao Poder Executivo (art. 131 da CF), no sentido de que a lei de anistia é impeditiva das pretensões veiculadas na ação civil pública, como na interpretação que se pretende seja conferida na ADPF, também contraria as obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro na Convenção Americana de Direitos Humanos.

²²⁷ Em comentários ao art. 19 do projeto de convenção de responsabilidade internacional do Estado (1976), o Relator Especial do projeto assim se manifestou: “A necessidade de prevenir a violação de obrigações tão essenciais parece justificar certamente que o indivíduo-órgão autor de tal violação seja considerado pessoalmente punível e que, ao mesmo tempo, o Estado a que pertence tal órgão se sujeite a um regime especial de *responsabilidade internacional*” (apud PEREIRA, 2000, p. 408). Sobre as tentativas de codificação e os projetos de convenção de responsabilidade internacional, ver item 3.7 e subitens.

3.7 OS REGIMES DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Desde a década de 1950, a Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU trabalha na sistematização e codificação do direito da responsabilidade internacional dos Estados. Como demonstra o tempo de maturação e a sucessão de diversos juristas responsáveis por esta codificação, as dificuldades são evidentes²²⁸. Em 1996, foi aprovado o primeiro projeto de codificação, mas a criação da figura do “crime internacional” no bojo da responsabilidade estatal e a complexidade de outros pontos, fez com que esse projeto fosse abandonado e substituído pelo projeto de convenção de 2001 (Resolução A/RES/56/83, de 2002) , sob fortes críticas dos Estados ao projeto aprovado em 1996.

Em que pese tenha sido adotada pela Assembléia Geral da ONU, por meio da Resolução A/RES/59/35, de 2004, suas normas não são direito positivado, pois ainda não passaram pelos mecanismos convencionais de aprovação e ratificação pelos Estados. Porém, os artigos do projeto da CDI, mesmo na versão anterior, já são aplicados pelas cortes internacionais, inclusive pela Corte Internacional de Justiça (CIJ), por ser expressão do direito consuetudinário internacional.

Nos estudos da Comissão de Direito Internacional da ONU foram estabelecidos dois tipos de regimes de responsabilidade internacional do Estado: o primeiro é o regime do “delito internacional” e o segundo, o do “crime internacional”, cuja distinção axiológica foi feita com base na escolha de valores fundamentais para a comunidade internacional.

De acordo com esta distinção, é crime internacional o fato internacionalmente ilícito que resulte de uma violação de uma obrigação internacional tão essencial para a proteção de interesses fundamentais da comunidade internacional que a sua violação é reconhecida como um crime por esta comunidade em seu conjunto. Os outros atos ilícitos internacionais que não são considerados crimes internacionais são chamados de delitos internacionais (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p.783).

Esta categorização foi e é ainda objeto de várias controvérsias, tais como: (i) a aproximação que os termos operam com as categorias dos direitos internos e que não poderiam

²²⁸ Tentativas de codificação: García Amador (1956/62), Roberto Ago (1963/79), Willen Ripphangen (1980/86), Arangio-Ruiz (1987/96) e James Crawford (1998/2001) (GARCIA, 2004, p. 278).

ser transpostas para o direito internacional; (ii) a polêmica sobre se pode ou não um Estado cometer crime; e (iii) a diferenciação entre regimes da responsabilidade referente a um delito e a um crime, estabelecendo graus de ilicitude, o que pode enfraquecer a proteção conferida ao indivíduo.

Quanto à primeira questão, observa-se, como já mencionado, que a responsabilidade internacional não é civil e nem penal, ela é simplesmente internacional, se apropriando de elementos tanto civis, quanto penais.

Quanto a saber se um Estado pode cometer um crime, a idéia tinha e tem seus entusiastas (Pellet, 1999; Abi-Saab, 1999) e seus críticos (WEIL, 1982). Para Pellet, o crime internacional que pode cometer um Estado é sinônimo de violação de normas de *jus cogens* que podem ser atribuídas ao Estado. Assim, chame-se crime ou outra coisa há uma categoria diferenciada de violação de direito internacional, aquela que diz respeito a normas imperativas (NASSER, 2005, p. 173).

De fato, a intenção da adoção do termo “crime internacional” foi a de ressaltar a gravidade da violação da norma primária. “A confusão [...] com o aspecto penal do termo deve ser evitada, salientando-se que a caracterização de uma conduta estatal como crime internacional independe da persecução criminal do agente-indivíduo responsável pelo ato” (RAMOS, 2002, p. 59), por isso este autor adota como sinônimo de “crime internacional” o termo “*fato ilícito qualificado*”, e como sinônimo de “delito internacional” o termo “fato ilícito comum”, de modo a melhor exprimir a idéia de um regime de responsabilidade internacional do Estado mais gravoso para determinadas obrigações.

O fato ilícito qualificado (ou crime internacional) consiste em um fato ilícito que viola “dever internacional essencial”, sendo, então, essa violação considerada crime pela própria comunidade internacional.

3.7.1 Responsabilidade Internacional Pela Violação de Obrigação *Erga Omnes*

O vínculo da responsabilidade (obrigações secundárias) pode decorrer de relações jurídicas primárias variadas, tais como, tratados bilaterais, multilaterais, atos unilaterais,

costume internacional. Dependendo da fonte do direito internacional, podem surgir obrigações de natureza bilateral, multilateral ou *erga omnes*.

Quando se fala em “obrigação *erga omnes*” de garantia de direitos humanos, consagra-se o direito subjetivo de toda a comunidade internacional em sua proteção. Assim, se a obrigação violada pelo Estado é de natureza *erga omnes* incidirá um regime comunitário de responsabilização internacional, ou seja, não se trata de uma relação bilateral, porquanto quem figura no pólo credor da relação é a comunidade internacional como um todo, pois visa à proteção de valores fundamentais.

O art. 42, *b*, do projeto de 2001²²⁹, se refere a obrigações multilaterais (devidas a vários Estados signatários de um tratado) ou *erga omnes* (devidas a toda a comunidade internacional, normalmente provenientes de norma consuetudinária). Assim, as violações de direitos humanos protegidos internacionalmente por tratados multilaterais ou por um costume internacional lesam interesse de qualquer outro Estado parte destes tratados de direitos humanos ou de qualquer outro Estado que também esteja vinculado àquele costume internacional.

O projeto de convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado da CDI da ONU desenvolveu as indicações jurisprudenciais acerca do conceito de obrigação *erga omnes* da Corte Internacional de Justiça estabelecidas no célebre caso *Barcelona Traction* (1970). Contudo, neste caso a Corte Internacional de Justiça efetuou uma distinção entre direitos humanos que seriam “fundamentais” e direitos humanos “em geral”, sendo que apenas os primeiros teriam o caráter *erga omnes*²³⁰.

Essa distinção, no entanto, perde importância quando os direitos protegidos estão previstos em tratados protetores de direitos humanos, que permitem petições interestatais referentes a supostas violações de qualquer direito protegido²³¹. Ademais, tal dicotomia foi esvaziada em virtude da afirmação do caráter indivisível dos direitos humanos consagrado na

²²⁹ “Um Estado tem o direito de invocar, na qualidade de Estado lesado, a responsabilidade de outro Estado se a obrigação violada for devida: (b) a um grupo de Estados incluindo este Estado, ou à comunidade internacional como um todo[...].”

²³⁰ A Corte definiu obrigação *erga omnes* como aquelas em que “tendo em vista a importância dos direitos em causa, todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse jurídico em que esses direitos sejam protegidos” (§32). Porém, adiante, a Corte afirmou que “os instrumentos que concernem os direitos humanos não reconhecem qualidade aos Estados para proteger vítimas de violações desses direitos independentemente de sua nacionalidade” (§47) (NASSER, 2005, p. 171).

²³¹ Vale lembrar que no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o mecanismo de comunicações interestatais exige cláusula facultativa expressa por parte dos Estados, ou seja, ambos os Estados precisam fazer declarações expressas aceitando a competência da Comissão para o mecanismo.

Conferência Mundial de Viena sobre Direitos Humanos de 1993, mediante o qual eles formam um todo inseparável, ligado à idéia da dignidade da pessoa humana (RAMOS, 2002, p. 53-54).

A jurisprudência internacional, especificamente a da Corte IDH, como veremos, aceita a diferenciação de regimes de responsabilidade internacional do Estado, visando à proteção de valores fundamentais para a comunidade internacional. A prática dos Estados também sinaliza para aceitação desse duplo regime de responsabilidade internacional do Estado a depender da valoração da norma primária violada, que pode ser constatada, pelo reconhecimento de um conjunto de normas chamado de *jus cogens*, que não admite derrogação por outra que possua esta qualidade e pela aceitação pelo Direito Internacional geral da responsabilidade internacional *penal* do indivíduo.

3.7.2 Responsabilidade Internacional “Agravada” Pela Violação “Sistemática” ou “Flagrante” do *Jus Cogens*

Se as violações de direitos humanos protegidos internacionalmente por tratados multilaterais ou por costumes internacionais geram obrigações *erga omnes*, ou seja, implicam um regime especial (comunitário) de responsabilidade, em oposição ao regime bilateral dos tratados internacionais comuns, seria de se esperar um regime ainda mais específico nos casos de violações do *jus cogens*, dada a sua importância para a ordem jurídica internacional.

A Comissão de Direito Internacional da ONU no artigo 19 do projeto de 1976, mantido no projeto aprovado em 1996, sobre a responsabilidade internacional, enumerou os atos exemplificativos que constituem ofensas a princípios de tal forma incorporados à consciência da humanidade, que são considerados como regras essenciais do Direito Internacional e, por isso, classificados como crimes internacionais, tais como a escravidão, genocídio e apartheid.

Já no projeto de 2001 desaparece a conotação penalista do projeto de 1996, reaparecendo em contrapartida o regime jurídico aplicável às “violações graves de obrigações decorrentes de normas imperativas de direito internacional geral” (art. 40)²³², ou seja, graves violações de normas de *jus cogens* (DINH et al., 2003, p.784).

²³² Artigo 40. *Aplicação deste Capítulo*

1. O presente capítulo aplica-se à responsabilidade internacional que resulta de uma violação grave por um Estado de uma obrigação oriunda de uma norma imperativa de direito internacional geral. 2. A violação de tal obrigação é grave se ela denota uma violação flagrante ou sistemática da parte do Estado responsável à execução da obrigação.

Perceba-se que, se a nova expressão traduz o que antes se entendia por crime internacional, este não se constitui de qualquer violação de uma norma de jus cogens, mas apenas das violações graves. Isso já era defendido em outras palavras, por exemplo, por Abi-Saab quando adotava a idéia de que jus cogens era um conjunto, menor, inserido naquele, maior, de obrigações erga omnes, e que o conjunto de crimes internacionais era um conjunto menor ainda, inserido naquele de normas de jus cogens (NASSER, 2005, p. 173).

De acordo com o §1º do artigo 40 para se submeter ao regime especial de responsabilidade agravada, dois são os requisitos exigidos: (i) a violação de uma norma imperativa de direito internacional geral; (ii) que tal violação seja “grave”. O §2º define como grave uma violação do *jus cogens* sistematicamente ou de forma flagrante.

Para Antonio Cassese (2005, p. 272):

A violação da obrigação que faz nascer a responsabilidade agravada deve ser uma obrigação comunitária, isto é, uma obrigação (i) concernente a valores fundamentais (paz, direitos humanos, auto-determinação dos povos, proteção do meio ambiente), (ii) devida a todos os outros membros da comunidade internacional; (iii) que tem correlação com a posição da comunidade internacional, isto é, um direito que pertence a qualquer outro Estado; (iv) este direito pode ser exercido por qualquer outro Estado, tenha ou não sofrido um dano pela violação; (v) o direito é exercido em nome da comunidade internacional e não em interesse do Estado reclamante.

Além disso, a violação da obrigação deve ser grave ou sistemática; em outras palavras, não deve ser esporádica ou isolada ou uma violação de menor importância da obrigação comunitária (por exemplo, a violação do direito subjetivo individual a um processo justo). Ela deve ser séria ou em larga escala (por exemplo, agressão, genocídio, ou graves atrocidades contra os seus próprios cidadãos ou a todas as pessoas pertencentes a um grupo étnico)²³³ (tradução nossa).

Assim, “um único caso de tortura, por exemplo, não é suficiente para enquadrar o Estado neste capítulo, é preciso que a tortura seja uma prática reiterada e faça parte de um sistema, quer dizer, seja organizada e deliberada”²³⁴ (CRAWFORD apud ANDRADE, 2007, p.

²³³ *The obligation the breach of which may give rise to ‘aggravated responsibility’ must be a ‘community obligation’, that is, an obligation (i) concerning a fundamental value (peace, human rights, self-determination of peoples, protection of the environment, (ii) owed to all the others members of international community; (iii) having as its correlative position a ‘community right’, that is, a right belonging to any other State; (iv) this right may be exercised by any other State, whether or not damaged by the breach; and (v) the right is exercised on behalf of the international community and not in the interest of the claimant State. Furthermore, the breach of this obligation must be Gross ou systematic; in other words, it may not be a sporadic ou isolated or minor contravention of a community obligation (for instance, the infringement of the right of na individual to fair trial). It must be serious or large scale (for instance, aggression, genocide, or grave atrocities against one’s oen nationals or all persons belonging to an ethnic group)*

²³⁴ Vale lembrar, contudo, que para fins de responsabilização penal do indivíduo, um único ato ilícito, se praticado nesse contexto de ataque generalizado ou sistemático contra população civil, caracteriza o crime de lesa-humanidade.

24). Exige-se, assim, uma certa magnitude para configurar uma violação “grave” de norma imperativa a justificar o regime de responsabilidade agravado.

Tome-se como exemplo o caso de Damião Ximenes, que foi torturado e morto em outubro de 1999, enquanto estava internado em uma clínica filiada ao SUS, no interior do Ceará, em que houve a primeira condenação do Brasil na Corte IDH. Esta responsabilidade internacional não se subsumiu a este regime jurídico *qualificado* (a Corte IDH não mencionou esse regime diferenciado na sentença), e isso se deu porque a tortura e a morte não se inseriu num padrão sistemático impulsionado por uma política de Estado, ou seja, ainda que se tenha violado *jus cogens*, não o foi de maneira “grave”²³⁵.

Em contrapartida, as torturas e mortes ocorridas durante a ditadura militar no Brasil, considerando que foram praticadas dentro de um contexto de ataque sistemático, planejado e executado como uma política de Estado, a responsabilidade do Estado brasileiro seria considerada “agravada”, por conta da violação “grave” do *jus cogens*, isto é, sistematicamente. Essa é a conclusão a que se chega, analisando-se a jurisprudência da Corte IDH, que será empreendida no item seguinte.

As conseqüências da ocorrência de um fato ilícito qualificado (ou crime internacional) estão previstas no artigo 41 do projeto da CDI de 2001²³⁶. Elas são de duas categorias: em relação à vítima e outra em relação ao estatuto jurídico dos demais Estados da comunidade internacional.

No tocante à vítima, a reparação deve ser total, devendo ser efetuada a restituição na íntegra ou outra forma de reparação sem que possa o Estado infrator opor qualquer tipo de impedimento. Em relação ao estatuto jurídico dos demais Estados da comunidade internacional, elas geram obrigações para toda a comunidade internacional, a saber: não reconhecer como legal a situação gerada pelo infrator; não auxiliar o Estado infrator a manter a dita situação ilegal; auxiliar outros Estados para fazer cumprir as duas obrigações acima expostas;

²³⁵ Contra essa interpretação, poderia se argumentar que ainda que a violação do *jus cogens* não tenha sido sistemática, ela foi de maneira “flagrante”, nos termos do art. 40 (2) do projeto de codificação (2001) e, portanto, também deveria ser considerada agravada.

²³⁶ Artigo 41 *Conseqüências específicas da violação grave de um obrigação segundo este capítulo*

1. Os Estados devem cooperar para pôr um fim, por meios lícitos, à toda violação grave no sentido do artigo 40. 2. Nenhum Estado deve reconhecer como lícita uma situação criada por uma violação grave no sentido do artigo 40, nem prestar auxílio ou assistência à manutenção da situação. 3. O presente artigo não prejudica outras conseqüências suplementares que possam decorrer, segundo o direito internacional, de uma violação à qual se aplica o presente capítulo.

cooperar entre si para aplicar medidas destinadas a eliminar as conseqüências do fato ilícito qualificado.

Ressalte-se que esse duplo regime de responsabilidade internacional do Estado aplicado às violações de direitos humanos recebe críticas, pois “torna-se muito difícil a tarefa de definir quais são os direitos pertencentes ao seletivo grupo de *direito humanos fundamentais* e quais são os outros direitos humanos”²³⁷ (MERON apud RAMOS, 2002, p. 78-79), sendo que somente os primeiros se constituíram em valores fundamentais para a comunidade internacional a ponto de caracterizarem-se como “crime internacionais” ou “fato ilícito internacional”.

Na prática, também, diferenciar as conseqüências da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos na sua forma agravada da sua forma não agravada (comum ou ordinária) parece ser tormentoso. As “conseqüências específicas previstas no art. 41 do projeto [...] são, no mínimo, insuficientes para estabelecer diferenças substanciais de regime” (NASSER, 2005, p. 173). Como advertia Nguyen Quoc Dinh et al. (2003, p. 818):

Não podemos entretanto negar que, se nos detivermos perante o artigo 41º do projecto da C.D.I., estas diferenças entre conseqüências de <<violações graves>> e as de outros factos internacionalmente ilícitos permanecem limitadas. Este, todavia, respeita o futuro – e mesmo o presente – precisando que é <<sem prejuízo...de toda a conseqüência suplementar que possa acarretar, segundo o direito internacional>>, uma violação deste tipo.

Algumas das conseqüências parecem desde agora e já adquiridas.[...] Do mesmo modo, podemos considerar que a existência de uma <<violação grave>> tem por conseqüência a <<transparência>> parcial do Estado, no sentido em que, paralelamente à responsabilidade internacional do Estado autor do crime, a responsabilidade penal e pessoal das pessoas físicas que o tiverem ordenado ou executado pode ser investigada ainda que tivessem agido a título de representantes do Estado incluindo como Chefe de Estado. [...] Outras conseqüências são mais incertas, mesmo as que parecem lógicas. Assim parece natural que a invocação de circunstâncias que excluam a ilicitude seja excluída ou, pelo menos atenuada, em caso de violação grave de uma obrigação resultante de norma imperativa de direito internacional.

Não obstante as críticas e as dificuldades de diferenciação de suas conseqüências, a jurisprudência da Corte IDH, como veremos a seguir, faz a distinção entre uma responsabilidade internacional agravada e uma responsabilidade internacional comum ou

²³⁷ Um único ato de tortura ou uma única execução extrajudicial não ofenderia valores essenciais à comunidade internacional?

ordinária, fazendo pressupor que ela valora de forma diferenciada a violação de uma norma primária.

3.7.2.1 A responsabilidade internacional “agravada” na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A jurisprudência da Corte IDH está repleta de casos em que se reconheceu a responsabilidade internacional agravada do Estado²³⁸, em que pese algumas divergências entre seus juízes quanto à sua caracterização e conseqüências. Assim, no caso “Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala”, sentença de 18.09.2003, Cançado Trindade, em seu voto-vista, afirmou que:

1. [...] a violação ao direito à vida de Myrna Mack Chang ocorreu em circunstâncias agravantes, porquanto resultou de uma operação encoberta de inteligência militar levada a cabo pelo Estado Maior Presidencial e tolerada por diversas autoridades e instituições, em meio de um “padrão de execuções extrajudiciais seletivas impulsionado e tolerado pelo próprio Estado”, e num “clima de impunidade”.
2. [...] trata-se de um caso de responsabilidade internacional agravada do Estado, evidenciada pelos fatos supracitados e pela invocação abusiva do assim chamado ‘segredo de Estado’ que conduz a uma obstrução da justiça”²³⁹(tradução nossa).

Segundo Cançado Trindade a responsabilidade internacional não deveria ater-se à rígida compartimentalização entre responsabilidade civil e penal encontradas nos sistemas jurídicos nacionais, pois nada parece impedir que ela contenha elementos de uma e de outra, pois ela é dotada de especificidade própria. Para ele:

²³⁸ *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*, sentença de 25.11.2003; *Caso de la Masacre de Plan de Sanchez v. Guatemala*, sentença de 29.04.2004; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyari v. Peru*, sentença de 08.07.2004; *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colômbia*, sentença de 15.09.2005; *Caso Gómez Palomino v. Peru*, sentença de 22.11.2005; *Caso Goiburú e outros v. Paraguai*, sentença de 22 de setembro de 2006; *Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile*, sentença de 26.09.2006.

²³⁹ “1.[...]la violación del derecho a la vida de Myrna Mack Chang ocurrió en circunstancias agravantes(párr. 139), por cuanto resultó de “una operación encubierta de inteligencia militar llevada a cabo por el Estado Mayor Presidencial y tolerada por diversas autoridades e instituciones” (párr. 140), en medio de “un patrón de ejecuciones extrajudiciales selectivas impulsado y tolerado por el propio Estado” (párr. 151), y un “clima de impunidad” (párrs. 155 y 158). .2. [...]trátase de un caso de responsabilidad internacional agravada del Estado, evidenciado por los hechos supracitados y la invocación abusiva del así-llamado “secreto de Estado” conllevando a una obstrucción de justicia.”

15. Um Estado pode ser internacionalmente responsável por um crime, imputável tanto a seus agentes que o cometeram, como ao próprio Estado como pessoa jurídica de direito internacional. Negar isso seria obstaculizar o desenvolvimento do direito internacional no presente domínio da responsabilidade internacional.

[...]

27. Há um outro aspecto a ser destacado com relação à configuração do crime de Estado, vinculado a proteção de interesses fundamentais ou superiores da própria comunidade internacional como um todo. Assim, a partir desta perspectiva, **o crime de Estado se configura como uma violação grave do direito internacional imperativo (o *jus cogens*)**, que afeta diretamente seus princípios e fundamentos, que concerne a comunidade internacional como um todo, não devendo ser tratado por analogia com categorias de direito penal interno²⁴⁰ (tradução e grifos nossos).

E referindo-se ao projeto de codificação de 1976 da CDI, Cançado Trindade afirmou:

41. A responsabilidade agravada é, precisamente, a que corresponde a um crime de Estado. O célebre artigo 19 do Projeto sobre a Responsabilidade do Estado (1976) da CDI, ao dispor sobre “crimes internacionais”, teve em mente precisamente o estabelecimento de um patamar agravado de responsabilidade, para determinadas violações ao direito internacional. Não pretendeu em momento algum sugerir uma analogia com categorias do direito penal interno. Uma vez aceita a responsabilidade agravada, se impõe determinar suas conseqüências jurídicas²⁴¹ (tradução nossa).

Divergindo quanto à possibilidade da existência da figura do “crime de Estado”, o juiz Sergio Garcia Ramirez, em seu voto concorrente, neste mesmo “Caso Myrna Mack Chang”, deixou assentado que:

34. Não é possível concentrar no Estado uma “responsabilidade penal” a título de homicídio, que voltaria a deixar na obscuridade e na impunidade as responsabilidades individuais. A idéia de crime de Estado, uma expressão

²⁴⁰ “15. [...]Un Estado puede ser internacionalmente responsable por un crimen, imputable tanto a sus agentes que lo cometieron, como al propio Estado como persona jurídica de derecho internacional. Negar ésto sería obstaculizar el desarrollo del derecho internacional en el presente dominio de la responsabilidad internacional. [...] 27. Hay otro aspecto a ser destacado en relación con la configuración del crimen de Estado, vinculado a la protección de los intereses fundamentales o superiores de la propia comunidad internacional como un todo. Así, desde esta perspectiva, el crimen de Estado se configura como una violación grave del derecho internacional perentorio (el *jus cogens*), que afecta directamente sus principios y fundamentos, y que concierne la comunidad internacional como un todo, no debiendo ser tratado por analogía con categorías del derecho penal interno. En todo caso, el concepto de crimen de Estado debe ser estudiado con profundidad, y no ser eludido.”

²⁴¹ “41. La responsabilidad agravada es, precisamente, la que corresponde a un crimen de Estado. El célebre artículo 19 del Proyecto sobre la Responsabilidad del Estado (1976) de la CDI (supra), al disponer sobre “crímenes internacionales”, tuvo en mente precisamente el establecimiento de un grado agravado de responsabilidad, para determinadas violaciones del derecho internacional. No pretendió en momento alguno sugerir una analogía con categorías del derecho penal interno. Una vez aceptada la responsabilidad agravada, se impone determinar sus consecuencias jurídicas.”

dramática e eficaz desde a perspectiva pública e política, que descreve a existência de “redes conspiratórias” no centro do poder formal, poderia implicar, dado seu amplíssimo alcance, que se atribui participação delituosa a quantos formem parte do Estado --e, de fato, constituem o Estado mesmo--, conclusão a todas luzes excessiva, e traz consigo a tentação de subordinar a efetiva e concreta responsabilidade penal individual a uma hipotética e genérica responsabilidade do Estado, ou pelo menos ocultar aquela sob o manto desta. São previsíveis as conseqüências deste fato, que em ocasiões se coloca de boa-fé, mas cujos resultados podem ser contrários aos que se pretende alcançar²⁴² (tradução nossa).

Quanto à expressão “responsabilidade agravada” utilizada na sentença, Sergio Garcia Ramirez registrou que é comum em direito penal se falar em circunstâncias agravantes, para destacar a gravidade de um tipo penal. Contudo, lembrou que a Corte IDH não opera no âmbito da justiça penal, que corresponde à jurisdição interna. Destarte, para o juiz, essa expressão só serve para estabelecer um analogia ilustrativa, qual seja, que na hipótese se apresenta um agravamento objetivo dos fatos, na medida em que resulta notório, que não se tratou de um crime isolado, produto do desígnio de um indivíduo, mas de um plano que contou com a participação de agentes de segurança do Estado²⁴³. Neste caso, para García Ramírez:

46. A maior gravidade dos fatos deverá ser tomada em conta, certamente, para a formulação da reprovação que incide na sentença sobre violação de direitos humanos, como ocorreu nesta resolução final, e haverá de pesar nas decisões que adote, em sua hora, a jurisdição penal doméstica, tanto no que se refere a penas

²⁴² “34. No es posible concentrar en el Estado una “responsabilidad penal” a título de homicidio, que volvería a dejar en la oscuridad y en la impunidad las responsabilidades individuales. La idea del crimen de Estado, una expresión dramática y eficaz desde la perspectiva pública y política, que describe la existencia de “redes conspirativas” en el seno del poder formal, pudiera implicar, dado su amplísimo alcance, que se atribuye participación delictuosa a cuantos forman parte del Estado --y, de hecho, constituyen el Estado mismo--, conclusión a todas luces excesiva, y traer consigo la tentación de subordinar la efectiva y concreta responsabilidad penal individual a una hipotética y genérica responsabilidad del Estado, o por lo menos ocultar aquélla bajo el manto de ésta. Son previsibles las consecuencias de este hecho, que en ocasiones se plantea de buena fe, pero cuyos resultados pueden ser contrarios a los que se pretende alcanzar”.

²⁴³ “43. En el párrafo 114 de la Sentencia, que cité supra, existe una referencia al “agravamiento” de la responsabilidad del Estado, tomando en cuenta “las circunstancias en que se produjeron los hechos”. Esta expresión motiva un comentario. En Derecho penal es común hablar de circunstancias agravantes, o bien, dentro de una terminología más moderna, de elementos del tipo penal que implican o destacan la mayor gravedad de la conducta y construyen, a partir del tipo básico o general, uno especial calificado. [...]

44. Es posible considerar todo lo anterior en el examen del presente caso, sin perder de vista, por supuesto, que la Corte Interamericana no opera en el ámbito de la justicia penal, que corresponde a la jurisdicción interna. Por ello, mi reflexión sólo sirve para establecer una analogía ilustrativa. Efectivamente, en esta hipótesis se presenta un agravamiento objetivo de los hechos, en la medida en que resulta notorio, al amparo de los elementos de conocimiento disponibles a los que ya me referí, que no se trató de un crimen aislado, producto del desígnio de un individuo, sino existió un elaborado plan para privar de la vida a la víctima en función de las actividades de ésta -- investigación social y difusión de sus resultados, que entrañan una visión crítica de los programas oficiales--, y de que en ese plan intervinieron presumiblemente tanto operadores como funcionarios responsables en el área de seguridad.[...].”

privativas de liberdade como no que concerne, no caso, a outras sanções: assim, privação de direitos ou de funções, inabilitação, ressarcimento etc²⁴⁴.

No “Caso de la Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala”, sentença de mérito de 29 de abril de 2004, em seu voto-vista, Cançado Trindade novamente voltou a abordar o significado da responsabilidade agravada:

34. A responsabilidade *agravada* é, precisamente, a que corresponde a um *crime de Estado*, sem que com isto se pretenda sugerir uma analogia inadequada com categorias do direito penal interno. Os fatos do presente caso de la *Masacre de Plan de Sánchez* *falam por si mesmos*, e com eloquência, revelando que os crimes de Estado sim, existem, ainda que parte da doutrina jusinternacionalista, apegada a dogmas do passado, busque negá-los ou iludi-los. O crime de Estado, acarretando uma responsabilidade internacional agravada, afeta diretamente os valores fundamentais da comunidade internacional como um todo²⁴⁵.

Já no “Caso Goiburú v. Paraguai”, sentença de 22 de setembro de 2006, que abordou as graves violações contra os direitos humanos praticados no contexto da Operação Condor, o tema voltou a ser objeto de debate entre os dois juízes. Transcrevemos a seguir, pela importância, uma longa passagem do voto-vista do juiz Sergio Garcia Ramírez, que ilustra bem a dificuldade de se identificar qualitativamente quais são os direitos pertencentes ao seletivo grupo de *direito humanos fundamentais* aptos a conformarem a categoria do “crime internacional” ou “fato ilícito qualificado”:

3. A expressão “responsabilidade agravada” sugere que haveria um catálogo de responsabilidades de diversa importância ou profundidade: desde leves até graves, talvez passando por categorias intermediárias. Se não fosse assim, perderia sentido a referência a responsabilidades “agravadas”, giro que deveria ter, por outra parte, uma correspondência em ordem descendente de supostas responsabilidades: “responsabilidade atenuada”, que nunca figurou na jurisprudência da Corte.

4.[...] não existe tal responsabilidade “agravada”, como tampouco uma responsabilidade “atenuada”, porque a responsabilidade só implica, sem considerações de intensidade ou matiz, a possibilidade ou necessidade de

²⁴⁴ “46. La mayor gravedad de los hechos deberá ser tomada en cuenta, ciertamente, para la formulación del reproche que entraña una sentencia sobre violación de derechos humanos, como ha ocurrido en esta resolución final, y habrá de pesar en las decisiones que adopte, en su hora, la jurisdicción penal doméstica, tanto en lo que corresponde a penas privativas de libertad como en lo que concierne, en su caso, a otras sanciones: así, privación de derechos o de funciones, inhabilitación, resarcimiento, etcétera.”

²⁴⁵ “ 34. La responsabilidad agravada es, precisamente, la que corresponde a un crimen de Estado, sin que con esto se pretenda sugerir una analogía inadecuada con categorías del derecho penal interno. Los hechos del presente caso de la Masacre de Plan de Sánchez hablan por sí mismos, y con elocuencia, revelando que los crímenes de Estado sí, existen, aunque parte de la doctrina jusinternacionalista, apegada a dogmas del pasado, busque negarlos o eludirlos. El crimen de Estado, acarreando una responsabilidad internacional agravada, afecta directamente los valores fundamentales de la comunidad internacional como un todo.

“responder” por determinados fatos em virtude de um título jurídico de imputação que vincula determinada conduta com certa pessoa que há de responder por aquela através do estabelecimento de certas conseqüências jurídicas.

5. Por óbvio, isto não significa que as violações de direitos humanos careçam de “tônus próprio” e revistam invariavelmente a mesma gravidade. O que é uniforme é a responsabilidade --vínculo lógico jurídico entre um fato, um responsável e umas conseqüências --, não os fatos que daquelas derivam nem os fatos que o tribunal lhes atribua. Em outras palavras, os fatos podem ser qualificados como leves, graves ou gravíssimos, e as conseqüências, como ordinárias, severas ou severíssimas. Em contrapartida, a responsabilidade é somente responsabilidade.

6. Bastarão alguns exemplos para aclarar o que pretendo dizer. A violação do direito à integridade é gravíssima--pela relevância dos bens jurídicos afetados e a importância dos fatos em que consiste esta violação— quando se submete a vítima a torturas. A violação do direito à vida adquire a mais notória e intensa gravidade quando se traduz na privação da vida de um conjunto de pessoas que são executadas de maneira brutal. É muito grave a violação do direito à liberdade, entre outros, quando se pratica de maneira arbitrária, se prolonga durante algum tempo ou ocorre a desapareção forçada nos termos do Direito Internacional. Também se pode sustentar que os fatos são mais graves quando seus autores são altos funcionários do Estado, depositários de uma maior expectativa de garantia--, garantidores, pois, qualificados--, de quem se aguarda uma conduta exemplar e que devem velar pela legitimidade dos atos dos servidores públicos em seu conjunto. Também são particularmente graves as violações quando as perpetrar quem tem a seu cargo, precisamente, obrigações específicas de respeito e garantia dos direitos humanos, ou quando ocorrem em circunstâncias em que se extremam a lesividade da conduta e que inclusive passam a formar parte dos fatos mesmos. Tudo isso nutre a “gravidade dos fatos” (tradução nossa)²⁴⁶.

²⁴⁶ “3. La expresión “responsabilidad agravada” sugiere que habría un catálogo de responsabilidades de diversa importancia o profundidad: desde leves hasta graves, tal vez pasando por categorías intermedias. Si no fuera así, perdería sentido la referencia a responsabilidades “agravadas”, giro que debiera tener, por otra parte, una correspondencia en el orden descendente de supuestas responsabilidades: “responsabilidad atenuada”, que nunca ha figurado en la jurisprudencia de la Corte. 4. A mi modo de ver, no existe tal responsabilidad “agravada”, como tampoco una responsabilidad “atenuada”, porque la responsabilidad sólo implica, sin consideraciones de intensidad o matiz, la posibilidad o necesidad de “responder” por determinados hechos en virtud de un título jurídico de imputación que vincula determinada conducta con cierta persona que ha de responder por aquélla a través del establecimiento de ciertas consecuencias jurídicamente. 5. Por supuesto, esto no significa que las violaciones de derechos humanos carezcan de “tono propio” y revistan invariablemente la misma gravedad. Lo que es uniforme es la responsabilidad --vínculo lógico jurídico entre un hecho, un responsable y unas consecuencias--, no los hechos de los que aquélla deriva ni los efectos que el tribunal les atribuye. En otros términos, los hechos pueden ser calificados como leves, graves o gravísimos, y las consecuencias, como ordinarias, severas o severísimas. En cambio, la responsabilidad es sólo responsabilidad. 6. Bastarán algunos ejemplos para aclarar lo que pretendo decir. La violación del derecho a la integridad es gravísima --por la relevancia de los bienes jurídicos afectados y la entidad de los hechos en los que esa violación consiste-- cuando se somete a la víctima a torturas. La violación del derecho a la vida adquire la más notoria e intensa gravedad cuando se traduce en la privación de la vida de un conjunto de personas a las que se ejecuta de manera brutal. Es muy grave la violación del derecho a la libertad, entre otros, cuando se practica de manera arbitraria, se prolonga durante algún tiempo o deviene desaparición forzada en los términos del Derecho internacional. También se puede sostener que los hechos son más graves cuando sus autores son altos funcionarios del Estado, depositarios de una mayor expectativa de garantía --garantes, pues, calificados--, de quienes se aguarda una conducta ejemplar y que están llamados a velar por la

Porém, as reservas que o juiz Sergio Garcia Ramírez manifesta sobre a expressão “responsabilidade agravada” não o leva a divergir do juízo formulado unanimemente pelos demais juízes na sentença. Para ele: “A referência a uma responsabilidade agravada do Estado, que se monta sobre a gravidade objetiva dos fatos e aponta para a severidade das medidas sancionadoras, não modifica a razão e pertinência do juízo condenatório”²⁴⁷. Garcia Ramírez também voltou a tecer comentários sobre a expressão “crime de Estado” ou “terrorismo de estado”. Ele prefere falar em:

“crimes a partir do Estado” ou “terrorismo a partir do Estado”, é dizer, crimes e terrorismo através do emprego do poder e dos meios e instrumentos com que contam quem os detém, alinhados a delinquir. Em forma semelhante se pode examinar a expressão “política de Estado”, que supõe um consenso, uma participação social e política, uma admissão generalizada, ou acaso unânime, produzida através de fins, metas e acordos democráticos, que não possuem e que jamais tiveram as conspirações criminosas, os pactos de camaradagem disfarçados com razões de Estado, considerações de bem comum, motivos de unidade e paz pública que só teriam sentido moral em uma sociedade democrática²⁴⁸ (tradução nossa).

Contudo, Cançado Trindade, como já referido, no “Caso Goiburú v. Paraguai”, reconheceu a existência do “terrorismo de Estado” no contexto da Operação Condor. Ademais, reconheceu que por consequência do “crime de Estado”, a responsabilidade internacional estatal seria *agravada*, que deve conduzir a uma aproximação entre a responsabilidade internacional dos Estados e a responsabilidade penal internacional dos indivíduos (perpetradores das atrocidades).

Em sua opinião são cinco elementos que conduzem a aproximação do direito internacional dos direitos humanos e o direito penal internacional: a) a personalidade jurídica

legitimidad de los actos de los servidores públicos en su conjunto. También son particularmente graves las violaciones cuando las perpetran quienes tienen a su cargo, precisamente, obligaciones específicas de respeto y garantía de los derechos humanos, o cuando se desarrollan en circunstancias en las que se extrema la lesividad de la conducta y que inclusive pasan a formar parte de los hechos mismos. Todo eso nutre la “gravidad de los hechos”.

²⁴⁷ “11. La reserva que expreso acerca del concepto “responsabilidad agravada” no me lleva a disentir del juicio formulado por mis colegas y asentado en la Sentencia adoptada por unanimidad. La referencia a una responsabilidad agravada del Estado, que se monta sobre la gravedad objetiva de los hechos y apunta hacia la severidad de las medidas sancionadoras, no modifica la razón y pertinencia del juicio condenatorio. En este caso, las palabras no influyen en la estructura del juicio y la determinación del resultado.”

²⁴⁸ “23. Por eso prefiero hablar de “crímenes desde el Estado” o “terrorismo desde el Estado”, es decir, crímenes y terrorismo a través del empleo del poder y de los medios e instrumentos con que cuentan quienes lo detentan, enfilados a delinquir. En forma semejante se puede examinar la expresión “política de Estado”, que supone un consenso, una participación social y política, una admisión generalizada, o acaso unánime, generada a través de fines, metas y acuerdos democráticos, que no poseen y que jamás han tenido las conjuras criminales, los pactos de camarilla disfrazados con razones de Estado, consideraciones de bien común, motivos de unidad y paz pública que sólo tendrían sentido moral en una sociedad democrática.

internacional do indivíduo; b) a complementaridade entre a responsabilidade internacional do Estado e a do indivíduo; c) a conceituação dos crimes contra a humanidade; d) a prevenção e a garantia de não-repetição; e e) a justiça reparadora (justiça de transição ou transicional) na confluência do direito internacional dos direitos humanos e o direito penal internacional²⁴⁹.

Os itens *a*, *b*, *c* e *e* supramencionados foram estudados ao longo dos capítulos 1 e 2. As questões da *prevenção e a garantia de não-repetição* (item *d*) estão relacionadas com a matéria a ser estudada no capítulo 4, onde procuraremos demonstrar quais são as conseqüências desse regime agravado de responsabilização internacional, no entendimento da Corte IDH.

²⁴⁹ “34. Hay elementos que conllevan a una aproximación a la complementariedad entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, insuficientemente abordada por la doctrina hasta la fecha. Me permito identificar, en este sentido, cinco elementos, que paso en revista a continuación, a saber: a) la personalidad jurídica internacional del individuo; b) la complementariedad entre la responsabilidad internacional del Estado y la del individuo; c) la conceptualización de los crímenes contra la humanidad; d) la prevención y la garantía de no-repetición; y e) la justicia reparatoria en la confluencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional.”

CAPÍTULO 4

AS REPARAÇÕES DEVIDAS ÀS VÍTIMAS

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Constatadas as violações aos direitos das vítimas da ditadura militar no Brasil previstas nas obrigações primárias da Convenção Americana de Direitos Humanos, a reparação é a consequência maior destas violações. Logo, devemos analisar quais as possíveis reparações que o Estado brasileiro poderá ser obrigado a implementar como consequência do reconhecimento de sua responsabilidade internacional.

O art. 63.1 da Convenção Americana estabelece que “quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos na 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”.

Este dispositivo reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos pilares fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados, constantemente afirmado pela jurisprudência da Corte IDH, que se inspira em algumas decisões clássicas da jurisprudência internacional, expressamente invocadas pela Corte²⁵⁰. Assim, ao produzir-se um fato ilícito imputável ao Estado, surge de imediato a responsabilidade internacional deste pela violação da norma internacional de que se trata, com o consequente dever de reparação e de fazer cessar as consequências da violação.

As reparações ordenadas pela Corte impõem obrigações de direito internacional, cujo conteúdo não pode ser modificado e nem seu cumprimento pode ser suspenso

²⁵⁰ Como no caso da *Fábrica de Chorzów*.

pelo Estado obrigado, invocando para isso disposições do seu direito interno²⁵¹. A recusa em reparar na íntegra o dano causado devido a leis internas, equivaleria a um regresso à tese da irresponsabilidade do Estado, quando este age de acordo com seu Direito Interno, mesmo infringindo o Direito Internacional, o que corresponderia à inexistência de uma ordem jurídica internacional.

No campo da teoria geral da responsabilidade internacional do Estado, os titulares do direito de exigir reparação em face de violação de norma internacional são os Estados. Assim, no caso de *proteção diplomática*, assume-se que o lesado, para fins de Direito Internacional é sempre o Estado, em regra o da nacionalidade da vítima. Ocorre que no campo da proteção internacional dos direitos humanos busca-se, por meio da responsabilização internacional do Estado, reparar o dano sofrido pela vítima, ou seja, o indivíduo titular do direito protegido que foi violado pela conduta imputada ao Estado (RAMOS, 2004, p. 247-248).

Os danos causados pelas violações de direitos possuem uma dupla dimensão. “Por um lado, têm uma dimensão individual, que é aquele dano que se causa à vítima e a cada um dos membros de sua família. Por outro, têm uma dimensão coletiva, que se refere ao dano causado a toda sociedade em seu conjunto e a seu tecido social” (ALESSANDRI, 2005, p. 98).

Por conta da natureza dúplici dos danos causados pelas violações aos direitos humanos, as reparações ordenadas pela Corte IDH devem necessariamente tomar em consideração a dupla dimensão do dano causado e seus efeitos passados, presentes e futuros. A esse respeito, Cançado Trindade, em seu voto-vista proferido no “Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales e outros) v. Guatemala”, sentença de 26 de maio de 2001, assinalou:

O sofrimento humano tem uma dimensão tanto pessoal como social. Assim o dano causado a cada ser humano, por mais humilde que seja, afeta a própria comunidade como um todo. Como o presente caso revela, as vítimas se multiplicam nas pessoas dos familiares imediatos sobreviventes, quem, ademais, são forçados a conviver com o suplício do silêncio, da indiferença e do esquecimento dos demais ²⁵² (tradução nossa).

²⁵¹ Convenção Americana: Art. 67 – “A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença”. Art. 68 - 1. “Os estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

²⁵² “22 [...] *El sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo. Como lo presente caso lo revela, las víctimas se multiplican en las personas de los familiares inmediatos sobrevivientes, quienes, además, son forzados a convivir con el suplicio del silencio, de la indiferencia y del olvido de los demás*”.

Dessa forma, ao momento de fixar as formas, os montantes e o alcance das reparações, os juízes não podem prescindir de uma prévia e integral compreensão da gravidade dos fatos que causaram a violação, o sofrimento causado e suas seqüelas materiais e morais no tempo, tanto na vítima direta da violação como em seus familiares e na sociedade em seu conjunto (ALESSANDRI, 2005, p. 99).

Mireille Delmas-Marty (2004, p. 15) desenvolve uma argumentação em relação às vítimas, cujos direitos violados e reparações possíveis estão previstos em instrumentos internacionais, que se baseia na idéia de garantia coletiva. A vítima é separada do delinqüente, e são os fundos de solidariedade que lhe asseguram indenização, independentemente de qualquer envolvimento com este²⁵³. Assim, é a solidariedade que prevalece sobre a culpa, sendo inevitável a aproximação do direito penal ao direito civil.

Há mudança radical de perspectiva marcada pela valorização do papel da vítima e levar em conta a vítima é fazer da reparação ou da indenização o objetivo primeiro de um julgamento e, por consequência, as técnicas de reparação se aperfeiçoam e a reparação-sanção é acompanhada de uma reparação-garantia. Dessa forma, difunde-se a idéia de que a responsabilização passa a ser substituída pela reparação em proveito de uma solidariedade diante da coletividade (DELMAS-MARTY, 2004, p. 16-17). Como esclarece Lucia Bastos (2009, p. 97-98):

Tal é a importância dessa visão da reparação, como garantia coletiva, que esse direito superaria a importância da aplicação da pena individualizada (responsabilidade individual), pois tem uma função social em relação à coletividade na qual os crimes circunscreveram-se, a fim de se evitar que violações dos direitos humanos, como torturas e desaparecimentos forçados, voltem a ser aplicados como forma de coibir as mobilizações sociais.

Por esse raciocínio, uma lei de anistia, ainda que pudesse apagar o crime ou a pena, não deveria interferir na reparação civil, salvo se o próprio Estado suportasse o dever de reparação, pois, enquanto a pena é direito do Estado, que pode dispensá-la pela anistia, a

²⁵³ O Estatuto do Tribunal Penal Internacional prevê no art. 75 (2) que: “O Tribunal poderá lavrar despacho contra a pessoa condenada, no qual determinará a reparação adequada a ser atribuída às vítimas ou aos titulares de tal direito.[...] Se for caso disso, o Tribunal poderá ordenar que a indenização atribuída a título de reparação seja paga por intermédio do Fundo previsto no artigo 79.” E o art. 79 (1) dispõe: “Por decisão da Assembléia dos Estados-Partes, será criado um Fundo a favor das vítimas de crimes de competência do Tribunal, bem como das respectivas famílias”

reparação é direito da vítima e, portanto, não poderia o Estado abrir mão, salvo se assumisse essa obrigação.

Antes de estudarmos as distintas formas de reparação viabilizadas pelo direito internacional, devemos analisar a evolução do conceito de vítima na jurisprudência da Corte IDH.

4.2 O CONCEITO DE VÍTIMA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O conceito de vítima já foi estabelecido por diversos instrumentos internacionais, dentre os quais destacamos o parágrafo 18 do Anexo da Declaração sobre Vítimas adotada pelas Nações Unidas, por meio da Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, que assim as define:

18. Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido prejuízos, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões que, não constituindo ainda uma violação da legislação penal nacional, representam violações das normas internacionalmente reconhecidas em matéria de direitos do homem.

Posteriormente, mediante a resolução A/RES/60/147, de 16 de dezembro de 2005, foram aprovados os “Princípios e diretrizes básicos sobre o direito das vítimas de violações das normas internacionais de direitos humanos e de direito internacional humanitário a interpor recursos e obter reparações”, que em seu anexo 8 dispõe:

vítimas são as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido danos inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perdas financeiras ou menoscabo substancial de seus direitos fundamentais, por meio de atos ou omissões que violam as normas internacionais de direitos humanos ou o direito internacional humanitário. Pode-se considerar também vítimas os membros da família direta ou pessoas sob responsabilidade da vítima direta, assim como as pessoas que, ao intervir para assistir à vítima ou impedir que se produzam outras violações, tenham sofrido danos físicos, mentais ou econômicos²⁵⁴ (tradução nossa).

²⁵⁴ “[...] victims are persons who individually or collectively suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that constitute gross violations of international human rights law, or serious violations of international humanitarian

Apesar das definições dadas nesses instrumentos, a Corte IDH tem individualizado as vítimas relacionadas às violações, inclusive quando o número de vítimas foi mais de uma centena ou se tratou de uma comunidade²⁵⁵.

Assim a Corte já assinalou que “ a titularidade dos direitos humanos reside em cada indivíduo, e [...] por isto (a suposta) violação dos direitos deve ser analisada de maneira individual”²⁵⁶. Como esclarece Paula Lizano Van der Laet (2005, p. 350-353):

a doutrina tratou de estabelecer uma diferenciação em relação a essas vítimas individualizadas estabelecendo, entre outras, o que deve entender-se por vítima direta ou indireta, sob a perspectiva da causalidade existente entre a pessoa e o dano sofrido diretamente, ou bem a maneira circunstancial que isto a afetou. [...]. [...] recentemente, a Corte (IDH) avançou e declarou como vítimas diretas não somente quem recebeu diretamente a ação de um agente do Estado ou de um terceiro sob a omissão deste último, mas também os familiares dessa vítima primária que sofreu as conseqüências, e por último, também lhes foram violados seus direitos fundamentais consagrados na Convenção Americana²⁵⁷ (tradução nossa).

No já referido “caso Blake v. Guatemala” se reconheceu a condição de vítimas aos familiares do desaparecido jornalista Nicolas Blake, apesar da Comissão IDH não ter alegado que as violações haviam sido cometidas em prejuízo dos familiares, mas sim como conseqüência dos fatos ocorridos. A Corte IDH determinou que as vítimas haviam sido os próprios familiares, pois não lhes foram asseguradas as garantias judiciais²⁵⁸.

law. Where appropriate, and in accordance with domestic law, the term ‘victim’ also includes the immediate family or dependants of the direct victim and persons who have suffered harm in intervening to assist victims in distress or to prevent victimization”.

²⁵⁵ Caso Baena Ricardo e outros v. Panamá e Caso Aloeboetoe v. Suriname.

²⁵⁶ Caso Durand e Ugarte v. Peru, sentença de 28 de maio de 1995, exceções preliminares, parágrafo 48.

²⁵⁷ “[...] la doctrina há tratado de establecer una diferenciación em cuanto a esas víctimas individualizadas estableciendo, *inter alia*, entre lo que debe entenderse por víctima directa o indirecta, bajo la perspectiva de la causalidad existente entre la persona y el daño sufrido directamente, o bien la manera circunstancial en que éste la afectó. [...] recientemente, la Corte ha progresado y ha declarado como víctimas directas no sólo a quienes han recibido directamente la acción de un agente del Estado o de un tercero bajo la omisión de este último, sino además a los familiares de esa víctima primaria que ha sufrido las consecuencias, y a la postre, también les fueron violentados sus derechos fundamentales consagrados en la convención Americana.

²⁵⁸ “97. Así interpretado, el mencionado artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales, por cuanto “todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia” (subrayado no es del original) (Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas artículo 1.2). En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares. Por lo tanto,

Neste mesmo caso, e por força do princípio geral de direito processual *iura novit curia*, segundo o qual o juiz não está adstrito à qualificação jurídica dada aos fatos, a Corte IDH declarou a violação do artigo 5 da Convenção Americana (direito à integridade pessoal) em prejuízo dos familiares de Nicholas Blake, pois o desaparecimento deste causou a seus familiares “sofrimento e angústia, além de um sentimento de insegurança, frustração e impotência ante a abstenção das autoridades públicas de investigar os fatos”²⁵⁹ (tradução nossa).

Em seu voto-vista, Cançado Trindade reconheceu a importância da sentença proferida pela Corte no *caso Blake* para o desenvolvimento do tratamento jurisprudencial do delito de desaparecimento forçado de pessoas, na medida em que deu precisão sobre a posição de vítimas dos familiares do desaparecido como titulares dos direitos protegidos pela Convenção Americana. Em suas palavras:

38. Em uma situação continuada própria do desaparecimento forçado de pessoa, as vítimas são tanto o desaparecido (vítima principal) como seus familiares; a indefinição gerada pelo desaparecimento forçado subtrai a todos da proteção do direito. Não há como negar a condição de vítimas também dos familiares do desaparecido, que têm o cotidiano de suas vidas transformado em um verdadeiro calvário, no qual as recordações do seu ente querido se mesclam com o tormento permanente de seu desaparecimento forçado. Em meu entender, a forma complexa de violação de múltiplos direitos humanos que representa o delito de desaparecimento forçado de pessoa tem como consequência a *ampliação da noção de vítima* de violação dos direitos protegidos²⁶⁰ (tradução nossa).

Essas considerações são importantes para estudo do caso brasileiro, pois quando envolver desaparecimentos forçados, a Corte IDH pode fixar indenizações aos familiares das vítimas, tanto por direito próprio, quanto a título sucessório por direito do desaparecido.

la Corte declara que Guatemala violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares del señor Nicholas Blake en relación con el artículo 1.1 de la Convención.”

²⁵⁹ “112. La Corte estima que el hecho de que la alegación de la violación del artículo 5 de la Convención no fue incluida en el escrito de la demanda de la Comisión, sino tan sólo en su alegato final, no impide a este Tribunal analizar, de conformidad con el principio *iura novit curia*, dicha alegación en el fondo de este caso. [...] 114. Esta cuestión que plantea la Comisión, sólo puede ser examinada en relación con los familiares del señor Nicholas Blake, ya que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares, es una consecuencia directa de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos.”

²⁶⁰ “38. En una situación continuada propia de la desaparición forzada de persona, las víctimas son tanto el desaparecido (vítima principal) como sus familiares; la indefinición generada por la desaparición forzada sustrae a todos de la protección del derecho. No hay cómo negar la condición de víctimas también a los familiares del desaparecido, que tienen el cotidiano de sus vidas transformado en un verdadero calvario, en el cual los recuerdos del ser querido se mezclan con el tormento permanente de su desaparición forzada. En mi entender, la forma compleja de violación de múltiples derechos humanos que representa el delito de desaparición forzada de persona tiene como consecuencia la *ampliación de la noción de víctima de violación de los derechos protegidos.*”

Para aclarar a hipótese, compararemos dois casos, “Goiburú v. Paraguai” e “Almonacid v. Chile”, que envolveram crimes contra a humanidade praticados por ditaduras militares no Cone Sul, cujas análises se aplicam ao caso brasileiro.

No caso Goiburú, a demanda se referia a presumida detenção ilegal e arbitrária, tortura e desaparecimento forçado dos senhores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro e dos irmãos Rodolfo Feliciano y Benjamín de Jesús Ramírez Villalba, supostamente cometidas por agentes estatais a partir de 1974 e 1977, assim como a impunidade parcial em que se encontravam tais fatos ao não ter sido punido a todos os responsáveis pelos mesmos. Assim, a Comissão IDH solicitou que a Corte declarasse que Estado paraguaio:

1. [...] violou de forma continuada os direitos consagrados nos artigos 7 (direito a liberdade pessoal), 5 (direito a integridade pessoal) e 4 (direito à vida) da Convenção Americana, c.c. artigo 1.1 da mesma, em prejuízo de Agustín Goiburú Gimenez, Carlos José Mancuello Bareiro e os irmãos Rodolfo e Benjamín Ramírez Villalba. A sua vez, a Comissão solicitou que a Corte declare que o Estado é responsável pela violação continuada do artigo 5 (direito a integridade pessoal) da Convenção Americana, c.c. artigo 1.1 da mesma, em prejuízo dos familiares das vítimas. Ademais, a Comissão solicitou ao Tribunal que declare que o Estado violou de maneira continuada os artigos 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção, em conexão com o artículo 1.1 da mesma, em prejuízo de Agustín Goiburú Gimenez, Carlos José Mancuello Bareiro e dos irmãos Rodolfo e Benjamín Ramírez Villalba e seus familiares²⁶¹ (tradução nossa).

A Corte IDH se considerou competente para conhecer dos fatos, pois o Paraguai ratificou a Convenção em 24 de agosto de 1989 e reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte em 26 de março de 1993.

Já no “caso Almonacid”, os fatos expostos pela Comissão na demanda se referiam à presumida falta de investigação e punição dos responsáveis pela execução extrajudicial do senhor Almonacid Arellano, a partir da aplicação do Decreto-lei n. 2.191, lei de anistia, adotada em 1978 no Chile, assim como a suposta falta de reparação adequada a favor de

²⁶¹ “1. [...]. En su demanda la Comisión solicitó que el Tribunal declare que el Estado ha incurrido en la violación continuada de los derechos consagrados en los artículos 7 (Derecho a la Libertad Personal), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Agustín Goiburú Gimenez, Carlos José Mancuello Bareiro y los hermanos Rodolfo y Benjamín Ramírez Villalba. A su vez, la Comisión solicitó que la Corte declare que el Estado es responsable por la violación continuada del artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de las víctimas. Asimismo, la Comisión solicitó al Tribunal que declare que el Estado ha violado de manera continuada los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Agustín

seus familiares. Assim, a Comissão apresentou a demanda neste com o objetivo de que Corte decidisse se:

2. [...] o Estado violou os direitos consagrados nos artigos 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana, c.c. a obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da mesma, em prejuízo dos familiares do senhor Luis Alfredo Almonacid Arellano. Ademais, a Comissão solicitou à Corte que declare que o Estado descumpriu com sua obrigação do artigo 2 (Dever de adotar disposições de direito interno) da Convenção²⁶²(tradução nossa).

O Chile aderiu à Convenção Americana em 21 de agosto de 1990 e na mesma data reconheceu a competência contenciosa da Corte. Como exceção preliminar, o Chile alegou incompetência *ratione temporis* da Corte, pois reconheceu a competência daquela somente a respeito de “fatos posteriores a data do depósito do Instrumento de Ratificação ou, em todo caso, a fatos cujo princípio de execução seja posterior a 11 de março de 1990”. Contudo, pelas razões já estudadas, a Corte afastou esta exceção e se declarou competente para conhecer da demanda.

No “Caso Goiburú”, a Corte declarou que o Paraguai era responsável:

139. [...] pela violação dos artigos 4.1 (direito à vida), 5.1 e 5.2 (direito a integridade pessoal) e 7 (direito a liberdade pessoal) da Convenção, em relação ao artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da mesma, em prejuízo dos senhores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro, e Rodolfo e Benjamín Ramírez Villalba [...]. Ademais, o Estado violou os direitos consagrados nos artigos 5.1 (direito a integridade pessoal) 8.1 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da mesma, em prejuízo daqueles e de seus familiares [...] ²⁶³(tradução nossa).

Goiburú Gimenez, Carlos José Mancuello Bareiro y los hermanos Rodolfo y Benjamín Ramírez Villalba y sus familiares.”

²⁶² “2. La Comisión presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte decidiera si el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de los familiares del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que declare que el Estado incumplió con la obligación emanada del artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención.”

²⁶³ “la Corte declaró que el Estado es responsable por la violación de los artículos 4.1 (Derecho a la Vida), 5.1 y 5.2 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de los señores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro, y Rodolfo y Benjamín Ramírez Villalba (*supra párr. 94*). Además, el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 5.1 (Derecho a la Integridad Personal), 8.1 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de aquéllos y de sus familiares”

No “caso Almonacid”, a Corte considerou que o Estado violou “os direitos contidos nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo da senhora Elvira do Rosario Gómez Olivares e dos senhores Alfredo, Alexis e José Luis Almonacid Gómez”.

Note-se no “caso Goiburú”, que envolvia desaparecimentos forçados, a Corte IDH considerou como “parte lesada” para fins do art. 63.1 da Convenção: (i) os senhores Agustín Goiburú Iménez, Carlos José Mancuello Bareiro, e Rodolfo e Benjamín Ramírez Villalba, em seu caráter de vítimas das violações estabelecidas em seu prejuízo, pelo que eram credores das reparações que fixava o Tribunal por conceito de dano material e moral; (ii) os familiares dos senhores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro, e Rodolfo e Benjamín Ramírez Villalba, em seu próprio caráter de vítimas da violação aos direitos consagrados nos artigos 5.1, 8.1 y 25 da Convenção Americana, em relação com o artigo artículo 1.1 da mesma.

Contudo, como os senhores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro, e Rodolfo e Benjamín Ramírez Villalba encontravam-se desaparecidos, a Corte esclareceu que:

147. Os familiares das vítimas serão credores das reparações que o Tribunal fixe por conceito de dano moral e/ou material, em seu próprio caráter de vítimas das violações à Convenção declaradas, assim como aquelas reparações que fixe a Corte em seu caráter de direito sucessório dos senhores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro, e Rodolfo e Benjamín Ramírez Villalba²⁶⁴ (tradução nossa).

Por sua vez, no “caso Almonacid”, aos familiares não foi reconhecida reparações por danos material e moral em virtude da morte do senhor Almonacid Arellano²⁶⁵, ou seja, pelas violações que poderiam ser estabelecidas em seu prejuízo, tais como artigos 4.1 (direito à vida), 5.1 e 5.2 (direito a integridade pessoal) e 7 (direito a liberdade pessoal) da

²⁶⁴ “147. Los familiares de las víctimas serán acreedores de las reparaciones que el Tribunal fije por concepto de daño inmaterial y/o material, en su propio carácter de víctimas de las violaciones a la Convención declaradas, así como de aquellas reparaciones que fije la Corte en su carácter de derechohabientes de los señores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro, y Rodolfo y Benjamín Ramírez Villalba”.

²⁶⁵ “159. En el presente caso, el representante fundamenta su solicitud de indemnización por daño material e inmaterial en la muerte del señor Almonacid Arellano. Así, por ejemplo, se refiere a las bonificaciones que recibió su familia como indemnización a partir del año 1992, la expectativa de vida del señor Almonacid Arellano y el lucro cesante, y el dolor de los familiares por la pérdida de su ser querido en las circunstancias violentas en que se dieron los hechos. Asimismo, la Comisión solicita que se otorgue una “indemnización adicional a las que ya hubiere recibido la familia y que se estime pertinente por daños materiales y morales”. Es decir, que la Corte incremente el monto que la familia del señor Almonacid Arellano ha recibido como indemnización por la muerte de éste.”

Convenção Americana, porquanto a Corte IDH não possuía competência *ratione temporis* para conhecer dessas violações. Assim, decidiu que:

160. As violações declaradas nesta Sentença se referem à denegação de justiça que sofreram os familiares do senhor Almonacid Arellano e o não cumprimento do Estado de seus deveres gerais consagrados nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana. Conseqüentemente, as reparações que se arbitram nesta instância devem referir-se unicamente a estes aspectos e não àqueles sobre os quais a Corte não se pronunciou por falta de competência *ratione temporis*²⁶⁶ (tradução nossa).

Vale registrar que no “Caso Damião Ximenes Lopes v. Brasil”, cujos fatos, porém, ocorreram após o reconhecimento pelo Brasil da jurisdição contenciosa da Corte IDH, esta considerou:

216. [...] como “parte lesada” o senhor Damião Ximenes Lopes, na qualidade de vítima das violações dos direitos consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, motivo por que será credor das reparações que fixe o Tribunal a título de dano material e imaterial.

217. Este Tribunal considera, ademais, como “parte lesada” as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, na qualidade de vítimas da violação dos direitos consagrados nos artigos 5, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com seu artigo 1.1 (par. 163 e 206 *supra*). Esta Corte considera ainda como “parte lesada” os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, também familiares de Ximenes Lopes, na qualidade de vítimas da violação do direito consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento (par. 163 *supra*). A Corte considera essas pessoas, por conseguinte, credoras das reparações que venha a fixar a esse respeito.

218. As senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, ademais, serão credores das reparações que o Tribunal fixe como consequência das violações cometidas em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, as quais serão distribuídas da seguinte maneira:

a) oitenta por cento (80%) da indenização respectiva deverá ser dividida em partes iguais entre as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda; e

b) vinte por cento (20%) da indenização respectiva deverá ser dividida em partes iguais entre os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes.

219. Caso os familiares credores das indenizações que sejam fixadas nesta sentença venham a falecer antes que lhes seja entregue a indenização de que se trata, o montante a eles devido será distribuído conforme o direito interno

²⁶⁶ “160. Las violaciones declaradas en esta Sentencia se refieren a la denegación de justicia que sufrieron los familiares del señor Almonacid Arellano y el incumplimiento del Estado de sus deberes generales consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Consecuentemente, las reparaciones que se dictan en esta instancia deben referirse únicamente a estos aspectos y no a aquellos sobre los cuales la Corte no se ha pronunciado por falta de competencia *ratione temporis*”.

Tomando-se como parâmetros os três casos supra citados, na situação hipotética de responsabilização internacional do Estado brasileiro em virtude das graves violações aos direitos humanos das vítimas da ditadura militar, a depender das violações à Convenção Americana que estiverem envolvidas, os beneficiários das reparações poderão ser: (i) as vítimas das violações estabelecidas em seu prejuízo, por direito próprio (sobreviventes); (ii) os familiares das vítimas, em seu caráter de vítimas das violações aos seus próprios direitos; (iii) os familiares das vítimas, em seu caráter de direitos sucessórios dos direitos das vítimas, que se encontrarem mortas ou desaparecidas.

Ressalte-se que o conceito de família também tem avançado na jurisprudência da Corte IDH, levando sempre em consideração a realidade latino-americana. Assim, a Corte estabeleceu, no “caso Loayza Tamayo v. Peru”, sentença de 27 de novembro de 1998, que se entende por família a “todas aquellas personas que estão ligadas por un parentesco próximo à vítima e por isso, dentro desse núcleo essencial devem estar incluídos os filhos, os pais e os irmãos”²⁶⁷.

A Corte também tem avaliado algumas considerações específicas em seus casos, como a ampliação da figura da companheira ou de filhos extra-matrimoniais, o costume de um povo, a estrutura familiar de caráter matriarcal com frequentes casos de poligamia de algumas tribos indígenas, cujos os inúmeros filhos e esposas das vítimas da tribo estavam a margem das leis do Estado, etc.

4.3 AS DIVERSAS FORMAS DE REPARAÇÃO

Por reparação entenda-se toda e qualquer conduta do Estado infrator para eliminar as conseqüências do fato internacionalmente ilícito, o que compreende uma série de atos, inclusive as garantias de não-repetição.

²⁶⁷ “92. La Corte estima que el término “familiares de la víctima” debe entenderse como un concepto amplio que abarca a todas aquellas personas vinculadas por un parentesco cercano y por lo tanto los hijos de la víctima [...]; sus padres [...], y sus hermanos,[...], todos ellos Loayza Tamayo, son tenidos como sus familiares y podrían tener derecho a recibir una indemnización en la medida en que cumplan los requisitos fijados por la jurisprudencia de este Tribunal”.

“A reparação é um termo genérico que compreende as diferentes formas como um Estado pode fazer frente à responsabilidade internacional”²⁶⁸. Por isso, ela abarca diversos modos específicos de reparar, que variam segundo a lesão produzida, a fim de eliminar todas as conseqüências ocasionadas pelo fato ilícito internacional.

Ademais, “se a violação pode provir de diversas autoridades, é natural que a reparação possa se dirigir, em contrapartida, a espaços nos quais se exerçam as atribuições dessas autoridades” (GARCIA RAMÍREZ, 2003, p. 298), o que também justifica as diversas formas de reparação.

Tomando em consideração as necessidades, aspirações e reivindicações das vítimas, de seus familiares e da sociedade, a doutrina contemporânea desenvolveu distintas formas de reparação, a saber, *restitutio in integrum*, indenização, satisfação, garantias de não-repetição, e outras mais possíveis.

4.3.1 *Restitutio in integrum*

A restituição na íntegra é considerada a melhor forma de reparação no Direito Internacional, que somente não deverá ser adotada na sua impossibilidade, quando então deverão ser prestadas outras formas de reparação pelo Estado violador.

Sobretudo na seara de violações de direitos humanos, a primazia do retorno ao *status quo ante* é de suma importância, porquanto os direitos protegidos pelas normas primárias vinculam-se a valores essenciais à dignidade humana, sendo difícil a conservação desses valores por meio de equações de aritmética monetária.

Por certo, existem algumas violações aos direitos humanos, tais como os desaparecimentos forçados e as execuções extrajudiciais que nunca podem ser objeto de uma reparação integral, e as medidas de reparação arbitradas sobre essas situações tendem mais a

²⁶⁸ Sentença de Reparação da Corte IDH no Caso Loayza Tamayo, 27 de novembro de 1998, série C, n. 42: “§85. *La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (restitutio in integrum, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras).*”

aliviar o sofrimento humano e a fazer a vida dos familiares sobreviventes mais suportável²⁶⁹. Nestes casos, como afirma Garcia Ramírez (2003, p. 300), a “absoluta *restitutio* seria mais que uma reparação, seria um milagre”.

Não sendo possível a restituição na íntegra, cabe ao Tribunal internacional determinar uma série de medidas para que, além de garantir o respeito dos direitos infringidos, sejam reparadas as conseqüências das infrações e estabelecido o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos ocasionados ou outras modalidades de satisfação.

No contexto da *restitutio in integrum* se insere a obrigação de ditar medidas legislativas adequadas à Convenção Americana, pois equivale à “restituição jurídica”. O caso mais emblemático de uma ordem dada pela Corte IDH a um Estado para que modificasse seu ordenamento jurídico interno para adequá-lo à Convenção, foi o “caso Olmedo Bustos e outros v. Chile”, também conhecido como “A Última Tentação de Cristo”.

Neste caso, a Corte considerou que o Chile havia violado o art. 13 (Liberdade de pensamento e de expressão) da Convenção Americana, em prejuízo de cinco pessoas ao ter proibido a exibição do filme “A última Tentação de Cristo”. A Corte afirmou que a responsabilidade internacional ocorreu “em virtude de que o artigo 19, inciso 12 da Constituição Política (do Chile) estabelece a censura prévia na produção cinematográfica e, portanto, determina os atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”²⁷⁰.

Também no “Caso Almonacid”, ao Chile foi ordenado que revogasse o Decreto-lei 2.191 (auto-anistia), pois estava em inobservância às suas obrigações consagradas na Convenção.

Ademais, essa obrigação de adequar o ordenamento jurídico interno, implica no dever de adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos na Convenção Americana (art. 2º). Por exemplo, no

²⁶⁹ Nesse sentido, voto-vista de Cançado Trindade, no “Caso de los Niños de la Calle”: 42. *La imposibilidad de una plena reparación - la restitutio in integrum - se verifica, en mi entendimiento, no sólo en cuanto a las víctimas directas y al derecho fundamental a la vida, como comúnmente se supone, sino también en cuanto a las víctimas indirectas (sobrevivientes) y a otros derechos (como el de no ser sometido a tortura, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes²⁶⁹). Jurídicamente, sobre todo en circunstancias como las del presente caso de los Niños de la Calle, las reparaciones - de las consecuencias de la medida o situación lesiva de los derechos humanos protegidos (en los términos del artículo 63(1) de la Convención Americana), - en lugar de verdaderamente reparar, más bien alivian el sufrimiento humano de los familiares sobrevivientes, buscando rehabilitarlos para la vida, - y por eso tórnense absolutamente necesarias.*

²⁷⁰ “72 [...]En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.”

“Caso Trujillo Orazo v. Bolívia”, sentença de 27 de fevereiro de 2002, uma das reparações solicitadas pelos representantes dos familiares das vítimas e da Comissão foi a que se ordenasse à Bolívia a conclusão do Código Penal com a tipificação do delito de desaparecimento forçado de pessoas. A Corte instou a Bolívia a tipificar o referido delito, não só porque o país havia ratificado a Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados de Pessoas, mas também por força do art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁷¹.

No caso do Brasil, a condenação poderá determinar tanto a revogação da lei de anistia 6.683/79, naquilo que for incompatível com a Convenção Americana, como a tipificação do delito de desaparecimento forçado, em que pese tenha ratificado a Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados de Pessoas, pois não completou seu processo de internalização, tudo a fim de assegurar os direitos e liberdades previstos na Convenção Americana.

4.3.2 Indenização

A indenização tem se mostrado a espécie mais corrente de reparação por violação aos direitos humanos, porquanto possibilita a entrega de valores pecuniários para reparar o dano. A indenização vai ser empregada quando não for possível a *restitutio in integrum* pela impossibilidade material do retorno ao *status quo ante*.

A indenização ao dano ocasionado pela violação por meio de uma compensação equitativa abrange tanto a reparação do dano material, danos emergentes e lucros cessantes, quanto do dano moral, visando dar um consolo financeiro para aquilo que é irremediável.

Os lucros cessantes envolvendo vítimas falecidas compreendem todos aqueles ingressos que esta deixou de perceber como consequência do fato ilícito, levando-se em conta o salário que a vítima recebia ou que se presume que recebesse quando ocorreram os fatos

²⁷¹ “96. Al no haber tipificado en su legislación interna el delito de desaparición forzada, Bolivia no solamente está incumpliendo con el instrumento anteriormente citado sino también con el artículo 2 de la Convención Americana.”

ilícitos²⁷². Em caso de vítimas sobreviventes, a Corte já assinalou que para o cálculo da indenização deve-se ter em conta entre outros fatores, o tempo que a vítima permaneceu sem trabalhar, como consequência do fato ilícito²⁷³.

Os danos emergentes abrangem diferentes tipos de gastos efetuados, seja pela vítima ou seus familiares, como consequência dos fatos ilícitos violatórios da Convenção Americana. Por exemplo, gastos efetuados por familiares na localização do corpo de desaparecido, no traslado para visitar a vítima durante o período de encarceramento, serviços funerários, despesas médicas passadas e futuras da vítima ou seus familiares com a finalidade de reabilitação das consequências do fato ilícito.

O dano moral ou imaterial pode abranger os sofrimentos e as aflições, o menoscabo de valores muito significativos para as pessoas e as alterações nas condições de existência das vítimas. O dano moral é visto como sendo uma presunção absoluta, após a constatação da violação aos direitos humanos, independentemente da comprovação do sofrimento moral ou da lesão ao patrimônio imaterial das vítimas. Como assinalou a Corte IDH, no “caso Goiburú v. Paraguai”, o dano moral:

157. [...] resulta evidente, pois é “próprio da natureza humana que toda pessoa submetida a detenção arbitrária, incomunicabilidade, torturas e desaparecimentos forçados experimente um profundo sofrimento, angústia, terror, impotência e insegurança, razão pela qual este dano não requer provas²⁷⁴ (tradução nossa).

²⁷² Caso Goiburú e outros, sentença de 22 de setembro de 2006, série C, n. 153: “155. Este Tribunal observa que en el expediente no constan comprobantes idóneos para determinar con exactitud el ingreso que percibían los señores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro, y Rodolfo y Benjamín Ramírez Villalba al momento de los hechos. Sin embargo, tomando en consideración las actividades que realizaban las víctimas como medio de subsistencia, así como las circunstancias y particularidades del presente caso, la Corte fija en equidad las siguientes cantidades por concepto de pérdida de ingresos: US\$ 100.000,00 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Agustín Goiburú; US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Carlos José Mancuello Bareiro; US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Benjamín Ramírez Villalba, y US\$ 35.000,00 (treinta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Rodolfo Ramírez Villalba. Dichas cantidades deberán ser entregadas de conformidad con el párrafo 148 del presente fallo”.

²⁷³ Corte, IDH, caso Suárez Rosero, sentença de 20 de janeiro de 1999, série C, n.44: “59. En cuanto al daño material, la Corte ha señalado que en el caso de sobrevivientes, el cálculo de la indemnización debe tener en cuenta, entre otros factores, el tiempo que la víctima permaneció sin trabajar (Caso El Amparo, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 28). La Corte considera que dicho criterio es aplicable en el presente caso ya que el señor Suárez Rosero se encuentra con vida.”

²⁷⁴ “157. Tal como lo ha señalado la Corte en otros casos, el daño inmaterial infligido a los señores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro, y Rodolfo y Benjamín Ramírez Villalba resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a detención arbitraria, incomunicación, torturas y desaparición forzada experimente un profundo sufrimiento, angustia, terror, impotencia e inseguridad, por lo que este daño no requiere pruebas.”

E, no mesmo caso, quanto aos familiares das vítimas desaparecidas, a Corte IDH afirmou:

159. [...] que o sofrimento ocasionado à vítima se estende aos membros mais íntimos da família, em especial aqueles que tinham contato afetivo estreito com a vítima. Ademais, o Tribunal estima que os sofrimentos ou morte - em caso de desaparecimento forçado - de uma pessoa acarretam a suas filhas, filhos, cônjuge ou companheiro, mãe, pai, irmãs e irmãos um dano moral, que não é necessário demonstrá-lo²⁷⁵ (tradução nossa).

Ainda que os danos morais sejam difíceis de mensurar em termos pecuniários, não os tornam menos concretos, não sendo razoável não fixá-los às vítimas e familiares para que possam receber ao menos uma compensação, ainda que financeira, a esse título.

4.3.3 Satisfação

A satisfação é uma espécie de reparação da conduta ilícita que busca reparar o dano moral que não tenha alcance pecuniário, que modernamente a doutrina entende abranger um “conjunto de medidas de declaração da infração cometida e de garantias de não-repetição” (RAMOS, 2004, p. 270).

A satisfação pode ser efetuada por diversas modalidades, tais como pedido de desculpas, reconhecimento da ilegalidade da conduta do Estado e de sua responsabilidade internacional, desagravo público, manifestação de pesar, garantia de não-repetição, fixação de somas nominais e indenização punitiva (*punitive damages*), entre outras.

Em muitos casos a Corte IDH tem considerado que a própria sentença de mérito sobre o caso, reconhecendo a responsabilidade internacional do Estado pelas violações aos direitos humanos, com a ampla divulgação da decisão na ordem interna, atende *per se* o pedido

²⁷⁵ “159. En cuanto a los familiares de los señores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro, y Rodolfo y Benjamín Ramírez Villalba, la Corte reitera que el sufrimiento ocasionado a la víctima “se extiende a los miembros más íntimos de la familia, en especial aquellos que estuvieron en contacto afectivo estrecho con la víctima”⁹⁸. Además, el Tribunal ha estimado que los sufrimientos o muerte –en este caso, la desaparición forzada– de una persona acarrear a sus hijas, hijos, cónyuge o compañera, madre, padre, y hermanas y hermanos un daño inmaterial, por lo cual no es necesario demostrarlo⁹⁹. Asimismo, han sido establecidos otras circunstancias que han agravado las afectaciones al derecho a la integridad personal de los familiares, anterior y posteriormente a la detención y desaparición de aquéllos.”

de desculpas, se constituindo em uma forma de reparação e satisfação às vítimas. Nestes casos, a sentença contra o Estado constituiria, por si mesma, uma reparação para o dano moral, pois o sofrimento é compensado com a satisfação que produz o ato de justiça.

Esta forma de reparação do dano moral unicamente através da mera prolação da sentença declaratória da violação da obrigação internacional é criticada e deve ter seu uso restrito, pois não atende às necessidades das vítimas, que devem receber além da declaração oficial da violação outras formas de reparação, tal como a indenização pecuniária pelos danos morais, de modo a minimizar o sofrimento ocasionado (GARCIA RAMÍREZ, 2003, p. 305).

No “caso *Almonacid v. Chile*”, a Corte IDH afirmou:

161. No que se refere ao dano moral, este Tribunal reconhece que as vítimas do presente caso sofreram pela denegação de justiça produto dos fatos que se analisaram nos capítulos anteriores. De igual forma, destaca o que foi expressado pelo representante no sentido de que o interesse principal das vítimas neste caso é a realização da justiça. Por outro lado, a Corte valora positivamente a política de reparação de violações a direitos humanos adelantada pelo Estado [...]. Tendo em conta tudo isso, o Tribunal considera não ordenar o pagamento de uma compensação econômica pelo conceito de dano moral, devido a que estima, como fez em outros casos, que esta sentença constitui *per se* uma forma de reparação, e que as medidas que se detalham nos parágrafos 145 a 157 desta Sentença (adequação do direito interno à Convenção Americana e obrigação do Estado de continuar com as investigações do presente caso, identificar, julgar e, em sendo o caso, sancionar aos responsáveis) constituem uma devida reparação nos términos do artigo 63.1 da Convenção Americana²⁷⁶ (tradução nossa).

Ainda como medida de satisfação a Corte tem ordenado que o Estado deve publicar no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, uma só vez, o capítulo referente aos fatos provados na sentença, sem as respectivas notas de pé de página e, ademais, sua parte resolutiva²⁷⁷.

²⁷⁶ “161. En lo referente al daño inmaterial, este Tribunal reconoce que las víctimas del presente caso sufrieron por la denegación de justicia producto de los hechos que se analizaron en los capítulos anteriores. De igual forma, toma nota lo expresado por el representante en el sentido de que el interés principal de las víctimas en este caso es la consecución de justicia. Por otro lado, la Corte valora positivamente la política de reparación de violaciones a derechos humanos adelantada por el Estado (*supra* párr. 82.26 a 82.33), dentro de la cual la señora Gómez Olivares y sus hijos recibieron aproximadamente la cantidad de US\$ 98.000,00 (noventa y ocho mil dólares de los Estados Unidos de América), más beneficios educacionales correspondientes aproximadamente a US\$ 12.180,00 (doce mil ciento ochenta dólares de los Estados Unidos de América). Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal considera no ordenar el pago de una compensación económica por concepto de daño inmaterial, debido a que estima, como lo ha hecho en otros casos, que esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación²⁷⁶, y que las medidas que se detallan en los párrafos 145 a 157 de esta Sentencia constituyen una debida reparación en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana.”

²⁷⁷ CORTE IDH, Caso *Ximenes Lopes v. Brasil*, sentença de 04.07.2006, série C., n. 149, § 249; Caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006, série C, n. 154, §162, Caso *Goiburú e outros v. Paraguai*, sentença de 22 de setembro de 2006, serie C, n. 153, § 175.

A satisfação ainda pode se verificar pela realização de diversas obrigações de fazer e não-fazer, tais como atos²⁷⁸ ou obras de alcance ou repercussão públicos, que busquem e tenham diversos efeitos tais como a recuperação da memória das vítimas, o restabelecimento de sua dignidade, a consolação de seus parentes ou a transmissão de uma mensagem de reprovação oficial das violações dos direitos humanos de que se trata e de compromissos com os esforços tendentes a que não voltem a ocorrer os fatos que originaram as violações.

Neste ponto, retornamos à questão da responsabilidade internacional *agravada*²⁷⁹ e adentramos nas suas conseqüências jurídicas. No “caso Goiburú”, a Corte IDH determinou que o Paraguai, entre outras providências, deveria: (i) buscar os restos mortais dos desaparecidos e dar-lhes sepultamento, mediante prévia comprovação genética de filiação; (ii) realizar um ato público de reconhecimento pelo desaparecimento forçado e um ato de desagravo com pedido de desculpas públicas aos familiares dos desaparecidos; (iii) custear tratamento físico e psicológico para os familiares dos desaparecidos, por meio do serviço público de saúde, atendendo as necessidades particulares de cada um, pelo tempo que fosse necessário; (iv) construir um monumento em memória das vítimas desaparecidas, com a alusão ao contexto dos desaparecimentos forçados ocorridos durante a Operação Condor; (v) implementar programas de educação em direitos humanos permanentes dentro das forças policiais paraguaias, em todos os níveis hierárquicos, com especial menção da sentença proferida no caso e aos instrumentos internacionais de direitos humanos, especialmente, aos relativos ao desaparecimento forçado de pessoas e tortura²⁸⁰.

Cumprido destacar que em relação aos restos mortais dos desaparecidos, a jurisprudência da Corte vem reiteradamente decidindo que a não entrega dos despojos das vítimas de desaparecimentos forçados é “uma fonte de humilhação e sofrimento aos seus familiares”²⁸¹ e que em conseqüência, “a privação contínua da verdade acerca do destino de um desaparecido constitui uma forma de trato cruel, desumano e degradante para os familiares das vítimas, já que

²⁷⁸ No caso *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, a Corte ordenou ao Estado brasileiro continuasse “a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem, bem como para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o tratamento a ser oferecido às pessoas portadoras de deficiência mental, de acordo com as normas internacionais sobre a matéria e as dispostas nesta Sentença” (§251).

²⁷⁹ Ver itens 3.7.2 e 3.7.2.1.

²⁸⁰ CORTE IDH, *Caso Goiburú e outros v. Paraguai*, sentença de 22 de setembro de 2006, série C, n. 153, §§ 171 a 178.

²⁸¹ CORTE IDH, *Caso Del Caracazo v. Venezuela*, sentença de 29 de agosto de 2002, série C, n. 95, § 121.

estes não têm o direito a conhecer a verdade do sucedido àquelas e a saber onde se encontram seus restos mortais”²⁸².

Esta é uma expectativa que o Estado deve satisfazer não somente aos familiares das vítimas, mas a toda a sociedade. Este ato de reparação conduz a dignificar às vítimas, ao honrar o valor de suas memórias para os seus entes queridos e permitir-lhes dar uma sepultura adequada de acordo com suas crenças e costumes²⁸³.

Ainda na seara das satisfações, existe a possibilidade de fixação de somas nominais e indenização punitiva (*punitive damages*). Como esclarece Ramos (2004, p. 277), nesse caso, a indenização paga deve ser diferenciada da indenização compensatória, já que esta não visa indenizar prejuízos, mas sim demonstrar o pesar do Estado infrator e o seu comprometimento em não mais realizar a conduta ilegal.

Pode ser exigida tanto uma “quantia simbólica” pela violação constata (*nominal damage*), quanto “quantias de caráter punitivo”. Dessa forma, deve o Estado infrator pagar uma quantia que reflita a gravidade de sua conduta ilícita. A natureza dos chamados *punitive damages* é essencialmente preventiva e visa evitar novas violações, o que é perfeitamente compatível com o conceito de reparação.

Ressalte-se que a Corte IDH vinha recusando caráter punitivo da indenização por violação de direitos humanos, pois esta deveria ser entendida como indenização de natureza não-sancionatória. Segundo a Corte: “Ainda que alguns tribunais internos, em particular os anglo-americanos, fixem indenizações cujos valores têm propósitos exemplares ou dissuasivos, este princípio não é aplicável no estado atual do Direito Internacional”²⁸⁴ (tradução nossa).

Contudo, a Corte modificou esse entendimento. Assim, no “Caso do Massacre Plan de Sánchez v. Guatemala”, sentença de reparações, de 19 de novembro de 2004, em que assinalou:

104. No que se refere a garantias de não-repetição de fatos do presente caso, a Corte fixa com equidade a quantia de U\$ 25.000,00 ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, para a manutenção e melhoras da infra-estrutura da capela na qual as vítimas rendem tributo às pessoas que foram executadas no Massacre Plan de Sanches. [...] Isto contribuirá para despertar a

²⁸² CORTE IDH, Caso Trujillo Orazá v. Bolívia, sentença de 27 de fevereiro de 2002, série C, n. 92, § 114.

²⁸³ CORTE IDH, Caso Del Caracazo v. Venezuela, sentença de 29 de agosto de 2002, série C, n. 95, § 123.

²⁸⁴ CORTE IDH, Caso Velasques Rodríguez v. Honduras, sentença de reparações, 21 de julho de 1988, série C, n.7: §38.[...] *Aunque algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estado actual del Derecho internacional.* Ver ainda Caso Godínez Cruz v. Honduras, sentença de reparações, 21 de julho de 1989, série C, n.08, §36.

consciência pública, para evitar a repetição de fatos como os ocorridos no presente caso e conservar a memória das pessoas falecidas ²⁸⁵ (tradução nossa).

Importante destacar neste caso que, assim como fez na sentença de mérito, Cançado Trindade proferiu voto-vista na sentença de reparações, abordando expressamente as conseqüências jurídicas da responsabilidade internacional *agravada*:

6. A presente Sentença da Corte sobre reparações no caso do *Massacre de Plan de Sánchez* segue a mesma linha de conceituação e fundamentação da anterior Sentença da Corte sobre o mérito no mesmo caso. As distintas formas de reparação ordenadas pela Corte na presente Sentença correspondem às circunstâncias *agravantes* das violações dos direitos humanos estabelecidas pela Corte na Sentença sobre o mérito do *cas d'espèce*. De ditas circunstâncias resulta a responsabilidade internacional *agravada* do Estado, a qual corresponde a um *crime de Estado* (sem que com isto se pretenda sugerir uma analogia inadequada com categorias do direito penal interno)²⁸⁶ (tradução nossa).

Para Cançado Trindade:

22. [...] Não há impossibilidade alguma, nem dificuldade insuperável, em estabelecer as reparações por crimes de Estado, como demonstrou a Corte Interamericana na presente Sentença.

23. Além das reparações a título de danos material e moral, a Corte ordenou outras formas de reparação, tendo presentes as circunstâncias agravantes das violações no caso do *Massacre de Plan de Sánchez*. Assim, a presente Sentença da Corte, como não poderia deixar de ser, ordenou uma série de outras formas de reparação [...], destinadas à reabilitação das vítimas sobreviventes, à luta contra a impunidade, ao reconhecimento público da responsabilidade estatal em desagravo das vítimas, à preservação da memória das vítimas executadas no massacre, à preservação da memória coletiva da comunidade maia-achí, ao cultivo e difusão do idioma maia-achí, e a um amplo programa de desenvolvimento em benefício dos membros das comunidades afetadas pelos

²⁸⁵ “104. En lo que se refiere a las garantías de no repetición de los hechos del presente caso, la Corte fija en equidad la cantidad de US\$25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda nacional del Estado, para el mantenimiento y mejoras en la infraestructura de la capilla en la cual las víctimas rinden tributo a las personas que fueron ejecutadas en la Masacre Plan de Sánchez. Dicha cantidad debe ser entregada dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, a los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez o a los representantes a quienes ellos elijan, para que se encarguen de su administración. Ello contribuirá a despertar la conciencia pública, para evitar la repetición de hechos como los ocurridos en el presente caso, y para conservar viva la memoria de las personas fallecidas”

²⁸⁶ “6. La presente Sentencia de la Corte sobre reparaciones en el caso de la Masacre de Plan de Sánchez sigue la misma línea de conceptualización y razonamiento de la anterior Sentencia de la Corte sobre el fondo en el mismo caso. Las distintas formas de reparación ordenadas por la Corte en la presente Sentencia corresponden a las circunstancias agravantes de las violaciones de los derechos humanos establecidas por la Corte en la Sentencia sobre el fondo del cas d'espèce. De dichas circunstancias resulta la responsabilidad internacional agravada del Estado, la cual corresponde a un crimen de Estado (sin que con ésto se pretenda sugerir una analogía inadecuada con categorías del derecho penal interno)”

fatos do presente caso (compreendendo saúde, educação, habitação, produção e infra-estrutura)²⁸⁷ (tradução nossa).

E quanto à nomenclatura dessas reparações, Cançado Trindade assim se manifestou:

25. Se se denomina as reparações ordenadas na presente Sentença da Corte de "danos punitivos" (*punitive damages*), - o que certamente causará calafrios nos que negam a existência de crimes de Estado, - ou se se as denominam "reparações exemplares" ou "exemplificadoras", ou outro termo do gênero, seu propósito básico segue sendo o mesmo: reconhecem a extrema gravidade dos fatos, sancionam ao Estado responsável pelas violações graves em que incorreu, reconhece o extremo sacrifício das vítimas fatais e alivia o sacrifício das vítimas sobreviventes, e estabelecem a garantia de não-repetição dos fatos lesivos. Qualquer que seja sua denominação, seu propósito básico segue sendo o mesmo, e se reverte em benefício das vítimas (diretas e indiretas) e de população do Estado em questão como um todo, porquanto buscam precisamente reconstruir o tecido social vulnerado²⁸⁸ (tradução nossa).

Destarte, os "danos punitivos", além da aceção puramente pecuniária, podem configurar uma resposta ou reação apropriada do ordenamento jurídico contra as violações particularmente graves dos direitos humanos, possuindo um sentido exemplar, configurando-se em obrigações de fazer, com caráter de ressarcimento, compensatório ou sancionador.

Note-se que muitas dessas outras formas de reparação também foram ordenadas no “caso Goiburú”, o que parece ser significativo para o caso brasileiro, eis que aquele se refere a graves violações aos direitos humanos relacionadas à Operação Condor.

²⁸⁷ “22.[...] *Tampoco hay imposibilidad alguna, ni dificultad insuperable, en establecer las reparaciones por los crímenes de Estado, como ha demostrado la Corte Interamericana en la presente Sentencia. 23. Además de las reparaciones a título de daños material e inmaterial, la Corte ha ordenado otras formas de reparación, teniendo presentes las circunstancias agravantes de las violaciones en el caso de la Masacre de Plan de Sánchez. Así, la presente Sentencia de la Corte, como no podría dejar de ser, ha ordenado una serie de otras formas de reparación (párrs. 93-111), destinadas a la rehabilitación de las víctimas sobrevivientes, a la lucha contra la impunidad, al reconocimiento público de la responsabilidad estatal en desagravio de las víctimas, a la preservación de la memoria de las víctimas ejecutadas en la masacre, a la preservación de la memoria colectiva de la comunidad maya-achí, al cultivo y difusión del idioma maya-achí, y a un amplio programa de desarrollo en beneficio de los miembros de las comunidades afectadas por los hechos del presente caso (comprendiendo salud, educación, vivienda, producción e infraestructura).*”

²⁸⁸ “25. *Si se denomina las reparaciones ordenadas en la presente Sentencia de la Corte de "daños punitivos" (punitive damages), - lo que ciertamente habrá de generar escalofríos en los que niegan la existencia de crímenes de Estado, - o si se las titula "reparaciones ejemplares" o "ejemplarizantes", u otro término del género, su propósito básico sigue siendo el mismo: reconocen la extrema gravedad de los hechos, sancionan al Estado responsable por las violaciones graves en que incurrió, reconoce el extremo sacrificio de las víctimas fatales y alivia el sacrificio de las víctimas sobrevivientes, y establecen la garantía de no-repetición de los hechos lesivos. Cualquiera que sea su denominación, su propósito básico sigue siendo el mismo, y se revierte en beneficio de las víctimas (directas e indirectas) y de la población del Estado en cuestión como un todo, por cuanto buscan precisamente reconstruir el tejido social vulnerado.*”

4.3.4 Dever de Investigar, Processar e Punir

A Corte IDH constantemente em suas sentenças vem assinalando o dever que os Estados têm de investigar séria e efetivamente os fatos objetos da violação, identificar a todos os responsáveis e puni-los, a fim de evitar a impunidade e prevenir a ocorrência de novas violações. Esta obrigação é extraída do art. 1.1 da Convenção Americana.

Para a Corte a impunidade “propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos, deixando absolutamente indefesas as vítimas e seus familiares”, sendo a impunidade entendida como “a falta em seu conjunto de investigação, persecução, captura, processo e condenação dos responsáveis pelas violações de direitos protegidos na Convenção Americana”²⁸⁹.

Este objetivo de prevenção da ocorrência de novas violações, que se insere sob o chamado “dever de investigar, processar e punir”, é uma forma de “garantia de não-repetição”. Ressalte-se que as demais formas de reparação estudadas também possuem caráter de prevenção, ainda que reflexamente. No “caso Goiburú v. Paraguai”, Cançado Trindade, assim se manifestou sobre a prevenção e a garantia de não-repetição, em seu voto-vista:

44. Tanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o Direito Penal Internacional buscam, cada um a seu modo, a *prevenção e a garantia de não-repetição* dos fatos lesivos. Ambos combatem a impunidade. O primeiro, em casos de violações *graves*, determina reparações exemplares (ou danos punitivos), como consequência jurídica de verdadeiros crimes de Estados. O segundo, determina sanções àqueles que, em nome de uma política de Estado, cometeram atos de genocídio, ou crimes contra a humanidade, ou crimes de guerra²⁹⁰ (tradução nossa).

Essa garantia de não-repetição e de prevenção quando envolver crimes internacionais, como os crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar

²⁸⁹ Corte IDH, Caso Paniaugua Morales e outros v. Guatemala, sentença de mérito, 08 de março de 1998, série C, n.37: “§173. La Corte constata que en Guatemala existió y existe un estado de impunidad respecto de los hechos del presente caso entendiéndose como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.

²⁹⁰ “44. Tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el Derecho Penal Internacional buscan, cada uno a su modo, la prevención y la garantía de no-repetición de norepetición de los hechos lesivos. Ambos combaten la impunidad. El primer, en casos de violaciones graves, determina reparaciones ejemplarizantes (o daños punitivos), como consecuencia jurídica de verdaderos crímenes de Estados. El segundo, determina sanciones de aquellos que, en nombre de una política de Estado, cometieron actos de genocidio, o crímenes contra la humanidad, o crímenes de guerra.”

brasileira, vai estabelecer limitações ao direito interno, no tocante à possibilidade de reconhecimento de causas de exclusão de punibilidade, como esclarece Cançado Trindade, no mesmo voto:

45. Não há *statute of limitations*, próprio do direito interno; não há prescritibilidade, nem prescrição extintiva, em casos de violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário. A Corte Interamericana deu sua contribuição neste sentido, como o exemplificam os *leading cases*, a respeito, de *Barrios Altos versus Perú* (2001) e de *Bulacio versus Argentina* (2003). Para os respectivos tribunais internacionais tampouco há coisa julgada (de direito interno) que os vincule, porquanto o direito aplicável é outro, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional, respectivamente²⁹¹ (tradução nossa).

Em contrapartida, quando se tratar de uma responsabilização internacional que não envolva a prática de crimes internacionais, como a que se verificou no caso da tortura e morte de Damião Ximenes, cuja responsabilidade do Estado brasileiro não foi considerada *agravada*, não haveria esses limites impostos pelo direito internacional e pelo direito penal internacional para o reconhecimento dessas causas de extinção da punibilidade, tais como o reconhecimento da prescrição, a possibilidade de anistia, graça ou indulto etc, porquanto incidiria à hipótese tão-somente o direito penal interno. Essa, aliás, seria uma outra diferença entre os regimes de responsabilidade.

Por outro lado, alguns classificam esse dever de persecução e punição como forma de “satisfação” às vítimas, pois a realização da justiça supõe uma satisfação moral a elas. Como esclarece Ramos (2004, p. 290): “O projeto de resolução da Comissão de Direitos Humanos relatado por VAN BOVEN²⁹² regula as espécies de satisfação em conjunto com as garantias de não-repetição, demonstrando a dificuldade na separação destas duas formas de reparação”.

²⁹¹ “45. No hay *statute of limitations*, propio del derecho interno; no hay *imprescriptibilidad* (sic), ni *prescripción extintiva*, en casos de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. La Corte Interamericana ha dado su contribución en este sentido, como lo ejemplifican los *leading cases*, al respecto, de *Barrios Altos versus Perú* (2001) y de *Bulacio versus Argentina* (2003). Para los respectivos tribunales internacionales tampoco hay cosa juzgada (de derecho interno) que los vincule, por cuanto el derecho aplicable es otro, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, respectivamente”.

²⁹² Theo Van Boven, relator especial da Comissão de Direitos Humanos da ONU, desenvolveu a redação da resolução contendo os princípios básicos do direito à reparação das vítimas de violações de Direitos Humanos e do direito Internacional Humanitário, denominado “BASIC PRINCIPLES AND GUIDELINES ON THE RIGHT TO REPARATION FOR VICTIMS OF [GROSS] VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW” (Princípios e diretrizes básicos sobre o direito das vítimas de violações das normas internacionais de direitos humanos e de direito internacional humanitário a interpor recursos e obter reparações). Texto revisado: A/RES/60/147, de 16 de dezembro de 2005.

Com efeito, a redação original de 1996 do projeto de convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado da Comissão de Direito Internacional previa, como forma de satisfação, *o dever de punir os agentes responsáveis pelo fato internacionalmente ilícito* (tal menção foi eliminada no projeto definitivo de 2001).

Já o projeto de resolução sobre reparação de violações de direitos humanos da ONU, elaborado pelo Relator especial VAN BOVEN²⁹³, estabelece, como forma de satisfação, a fixação de sanções administrativas e judiciais aos responsáveis pelas violações de direitos humanos (RAMOS, 2004, p. 292).

Por sua vez, a Corte IDH considera esse dever de persecução e punição no capítulo das *“outras formas de reparação (satisfação e garantias de não-repetição)”*, como uma das formas de reparar o dano moral que não tem alcance pecuniário. Assim no “Caso Damião Ximenes v. Brasil” a Corte afirmou que os:

245. familiares de vítimas de violações de direitos humanos têm o direito a um recurso efetivo. O conhecimento da verdade dos fatos em violações de direitos humanos como as deste caso é um direito inalienável e um meio importante de reparação para a suposta vítima e, quando cabível, para seus familiares, além de constituir uma forma de esclarecimento fundamental para que a sociedade possa desenvolver mecanismos próprios de desaprovação e prevenção de violações como essas no futuro.

246. Em conseqüência, os familiares das vítimas têm o direito, e os Estados têm a correspondente obrigação, a que o ocorrido seja efetivamente investigado pelas autoridades estatais, a que se inicie um processo contra os supostos responsáveis por esses ilícitos e, se for o caso, de que lhes sejam impostas as sanções pertinentes.

Depreende-se que a punição é interpretada pelo direito internacional como estreitamente vinculada ao dever de processar e à responsabilização. Contudo, as comissões da verdade já estudadas passaram a analisar a punição e a responsabilidade de forma dissociada, como temas distintos.

Com efeito, os defensores das comissões da verdade e da justiça restaurativa defendem que o modelo de sistema penal clássico, baseado na idéia de punição, não trata de importantes questões sociais que objetivam uma ordem social mais solidária e com maior estabilidade. Nesse sentido, o paradigma da justiça restaurativa, a ser estudado adiante, coloca ênfase na necessidade de se despender mais atenção especificamente na restauração do

²⁹³O projeto Van Boven enumera, como exemplos de garantias de não-repetição (art.23): “o efetivo controle civil sobre as forças militares e de segurança; a restrição da jurisdição dos tribunais militares a crimes militares somente; o fortalecimento da independência do Poder Judiciário; a proteção de pessoas da área jurídica e de defensores de direitos humanos; o treinamento em direitos humanos das forças de segurança”

relacionamento entre as vítimas, os ofensores e a comunidade, ao invés da punição.

Analisaremos a seguir as teorias que justificam aplicação da punição e a sua pertinência para fazer frente às graves violações aos direitos humanos, para, em seguida, analisar a teoria focada na centralização das vítimas, a qual vislumbra a punição como uma forma de reparação.

4.3.4.1 Teorias sobre a punição e as suas insuficiências frente às graves violações aos direitos humanos

As razões para aplicação da sanção penal comumente são divididas em dois grupos: o das teorias da retribuição, também chamadas “absolutas”, e o das teorias da prevenção ou utilitárias, também chamadas “relativas”.

As teorias absolutas ou retributivistas buscam a retribuição justa do mal injusto que o criminoso praticou e pela qual se processa a reintegração da ordem jurídica violada. Não há nenhum fim prático a ser alcançado, a não ser secundariamente e que não deve sobrepor-se e nem equiparar-se àquele fim essencial de justiça. “Para toda teoria absoluta, a razão de ser da sanção penal está no passado, no crime cometido pelo agente, que uma exigência de ordem religiosa, moral ou jurídica força a castigar” (BRUNO, 1967b, p. 34). A justificação da pena reside na reação ao mal produzido pelo criminoso e todo aquele que cometeu um crime deve receber castigo²⁹⁴.

A legitimidade da pena é anterior e não está subordinada a qualquer finalidade além da punição, pois sua aplicação se justifica tão-somente pelo cometimento do delito, sem qualquer perquirição quanto ao motivo e as razões para a punição.

Em contraposição às teorias absolutas, existem as teorias relativas ou utilitárias da pena, cuja razão de ser das penas está na necessidade de segurança social, a que ela serve, como instrumento de prevenção do crime, por meio da persuasão, e também da reabilitação do criminoso.

²⁹⁴ Na Argentina, as Mães da Praça de Maio insistiam em uma visão retribucionista da pena. Para elas “qualquer um que tivesse participado da guerra suja era culpável e, por isso, devia ser castigado” (SCANLON, 2004, p. 304.).

A legitimidade é posterior, uma vez que a pena somente se justifica com os resultados práticos obtidos. A punição deve ter um valor utilitário a fim de prevenir outros crimes e guardar proporcionalidade com a ofensa social causada pela conduta criminosa. A teoria relativa se subdivide em prevenção geral, pela intimidação; e prevenção especial, pela emenda ou segregação do condenado.

Aníbal Bruno (1967b, p.34) cita duas frases de dois grandes pensadores para marcar de modo expressivo o antagonismo entre as duas correntes:

Uma é de KANT, quando nos diz, que mesmo se uma sociedade voluntariamente se dissolve, o último assassino que se ache em prisão deverá ser justificado, a fim de que cada um receba a retribuição que reclama a sua conduta. A segunda é de ROMAGNOSI, admitindo que, “se depois do primeiro crime se tivesse a certeza moral de que não viria a ocorrer nenhum outro, a sociedade não teria o direito de puni-lo”.

Existem ainda as teorias mistas que procuram conjugar as teorias absolutas e relativas. Assim, a pena, por natureza, é retributiva, tem sua carga moral, mas deve buscar os fins da prevenção geral e especial. A idéia do justo e a idéia do útil vêm juntar-se no mesmo plano para justificação da medida punitiva.

Todas essas teorias vêm recebendo profundas críticas em virtude da crise do sistema prisional pela sua saturação, fraqueza, crueldade, que acabam deslegitimando o modelo de justiça penal vigente. Mas quando aplicadas em um contexto de graves violações aos direitos humanos, essas teorias mostram-se especialmente problemáticas.

No texto *Responsabilidade pessoal sob a ditadura*, Hannah Arendt (2004a, p. 87-88) aborda as razões para aplicação da punição aos crimes comuns que geralmente são justificadas: “a necessidade de a sociedade ser protegida contra o crime, a reabilitação do criminoso, a força dissuasiva do exemplo de advertência para os criminosos potenciais e, finalmente, a justiça retributiva”.

Porém, em sua reflexão, nenhuma dessas razões seria válida para a punição dos assim chamados criminosos de guerra, pois “essas pessoas não foram criminosos comuns, e dificilmente se pode razoavelmente esperar que algum deles cometa outros crimes mais adiante; a sociedade não precisa ser protegida contra eles” (ARENDR, 2004a, p. 88).

A autora também afirma que a possibilidade destes criminosos serem reabilitados pelas sentenças de prisão é ainda menos provável do que no caso de criminosos comuns, e quanto à possibilidade de dissuadi-los no futuro, as chances são novamente

terrivelmente pequenas em vista das circunstâncias extraordinárias em que esses crimes foram cometidos ou poderiam ser cometidos no futuro, de modo que até a noção de retribuição não seria aplicável em vista da magnitude do crime (ARENDDT, 2004a, p. 88).

Malgrado a constatação das razões contrárias à punição dos criminosos de guerra, em virtude das noções anteriores sobre a punição e suas justificativas não se mostrarem pertinentes diante do horror do nazismo, Hannah Arendt afirma que “o nosso senso de justiça acharia intolerável abrir mão da punição e deixar impunes aqueles que assassinaram milhares, centenas de milhares e milhões de seres humanos”. Dessa forma, como resultado desse senso de justiça comum, surge a preocupação em se evitar a utilização da justiça como uma mera forma de vingança (2004a, p. 88).

Nesse contexto, o grande desafio é encontrar estratégias de responsabilização que não dêem ênfase somente à punição e ao desejo de vingança, o que pode ser alcançado por meio da justiça restaurativa.

Adianta-se que, muito embora a análise do direito internacional, seja através dos tratados internacionais²⁹⁵ como decisões da Corte Interamericana²⁹⁶, induza a se pensar que não vem se aceitando formas alternativas de resolução dos conflitos penais inspirados na justiça restaurativa, sendo apegado à responsabilidade mediante a imposição de punição, os princípios e postulados desse novo paradigma de resolução de conflitos vêm sendo incentivado pela própria comunidade internacional, conforme as diretrizes da ONU (Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social), guardando, portanto, compatibilidade com o direito internacional dos direitos humanos.

²⁹⁵ V.g, Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, de 9 de dezembro de 1948, prevê em seu art. IV que as pessoas que cometeram genocídio devem ser punidas, sejam governantes, funcionários ou particulares.

²⁹⁶ Caso Barrios Altos, série C, n. 75, voto-vista do juiz Sérgio García Ramirez, §13: “*En la base de este razonamiento se halla la convicción, acogida en el Derecho internacional de los derechos humanos y en las más recientes expresiones del Derecho penal internacional, de que es inadmisibile la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores --así como de otros participantes-- constituye una obligación de los Estados[...]*”. Caso Velásques Rodrigues, série C, n. 04, sentença de mérito, §166: “[...] *los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención [...]*”

4.3.4.2 Reparações e justiça restaurativa nas graves violações aos direitos humanos

A ausência de responsabilização penal ou a falta de justiça é o principal motivo que faz as vítimas se socorrerem do Sistema Interamericano. Para as vítimas e familiares, a justiça tem um valor qualitativo enorme porque dá sentido ao resto das medidas de reparação e define a dimensão real do compromisso de assumir a responsabilidade das violações.

Existe uma relação entre as medidas de verdade, justiça e reparação que são interdependentes. Por isso, a ausência de resultados na justiça, coloca em xeque as outras formas de reparação, como o reconhecimento da responsabilidade ou a reparação econômica.

As sentenças da Corte IDH e os informes da Comissão IDH são ferramentas importantes na busca de justiça. Nesse sentido, destaca-se a recente condenação, no dia 07 de abril de 2009, do ex-presidente do Peru Alberto Fujimori, a 25 anos de prisão por crimes contra a humanidade cometidos durante o seu governo (1990-2000), em que a Corte Suprema Peruana²⁹⁷, fez expressa menção aos Casos “Barrios Altos” e “La Cantuta” decididos pela Corte IDH, em que determinou a investigação e punição dos responsáveis.

Contudo, muitas vezes o cumprimento dessas sentenças, no que toca à questão da impunidade dos autores de crimes, pode reproduzir ou esbarrar em problemas estruturais internos. Como destaca Zaffaroni:

[...] a incapacidade do Estado para investigar a seus próprios órgãos, já é outro problema que não vamos resolver através da jurisprudência da Corte (Interamericana). É um problema de poder interno e do grau de deterioração que chegam a alcançar seus organismos de segurança. Reformar uma cultura policial não é fácil, sobretudo quando provém de muitos anos de intercâmbio entre corrupção e governabilidade com o poder político²⁹⁸ (apud INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS - IIDH, 2008, p. 428).

Na Argentina, os processos envolvendo os crimes da ditadura encontram-se numa encruzilhada, pois a demora está ameaçando os julgamentos. As razões são variadas, tais como, dificuldades para designar juízes, falhas na instrução, falta de recursos da Justiça, alto número de recursos, dificuldades em se obter informações, etc (GUIMARÃES, 2009, p. A-21).

²⁹⁷ Disponível em: < http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/documentos/P4_Fallo.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2009

²⁹⁸ “ [...] *la incapacidad del Estado para investigar a sus propios órganos, ya es otro problema que no lo vamos a resolver a través de la jurisprudencia de la Corte. Es un problema de poder interno y del grado de deterioro que*

Num momento em que no Brasil, o Ministro-chefe da Secretaria Especial de Direitos Humanos, Paulo Vannuchi, concita às vítimas da repressão do regime militar, seus familiares e entidades de classe a se organizarem em seus Estados para propor ações judiciais em massa questionando a abrangência da Lei de Anistia (RODRIGUES, 2009), e a “justiça em cascata”²⁹⁹ ameaça desaguar em *Terra Brasilis*, devemos pensar em alternativas ao sistema formal de justiça.

Os procedimentos tradicionais de justiça, fundados no modelo retributivo de pena, são estabelecidos com apoio em métodos rígidos de aferição dos fatos, avessos à emergência de emoções, sentimentos e paixões e voltados para o caráter coercitivo e punitivo do direito, restringindo a capacidade reparadora da justiça, como valor de agregação e não de separação social.

Nos procedimentos tradicionais de justiça, o primeiro a falar é o acusado³⁰⁰, mesmo nos casos contra militares na Argentina e Chile, onde as vítimas podem apresentar suas demandas, o réu é o primeiro a ser ouvido. Na experiência sul-africana, antes de qualquer coisa, deu-se direito de voz em primeiro lugar para as vítimas, colocando o acusado em segundo plano.

Também as manifestações dos acusados no tradicional modelo de justiça penal estão limitadas a breves interrogatórios sobre os fatos narrados na denúncia e os atos ritualísticos obstaculizam a integral compreensão do procedimento judicial. “Isso acaba por desobrigar o acusado de uma mais sincera percepção acerca de sua própria conduta, provocando um distanciamento que não o compromete psicologicamente e eticamente com a natureza e as finalidades do procedimento judicial de que participa” (SILVA; SALIBA, 2008, p. 177-178).

llegan a alcanzar sus organismos de seguridad. Reformar una cultura policial no es fácil, sobre todo cuando proviene de muchos años de intercambio entre corrupción y gobernabilidad con el poder político.”

²⁹⁹ Esta expressão é usada por Kathiryn Sikking (2007, p. 433) para se referir ao fenômeno de rápida mudança em normas e práticas, que redundaram em uma crescente responsabilidade frente a graves violações aos direitos humanos. O caso da Argentina se destaca em sua contribuição para esta mudança (GUEMBÉ, 2006, p. 423-424)

³⁰⁰ A recente alteração do Código de Processo Penal brasileiro, indiretamente, acabou conferindo prioridade à vítima para falar em primeiro lugar, contudo o objetivo da alteração foi centrado na figura do acusado, pois a prerrogativa do réu de falar por último, tendo ciência de todas as provas já coligidas, maximiza a ampla defesa: “Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).”

Este distanciamento do acusado, no modelo tradicional, acaba favorecendo estratégias defensivas psicológicas, em que a admissão do erro³⁰¹ (primeiro passo para sua superação) se transmuda em vitimização do próprio acusado, que prefere responsabilizar a vítima, seu advogado, o sistema jurídico, condições sociais e políticas.

O novo paradigma da *justiça restaurativa*³⁰² se centra nos danos causados à vítima e às necessidades que estes provocam nela. É um processo que envolve ativamente a vítima, o agressor e a comunidade. Ela se mostra como um modelo alternativo de atenção ao crime, que em vez de centrar-se, unicamente, no ato criminal, seu autor e castigo, parte da idéia transcendental para a sociedade de atender a vítima e o dano que foi ocasionado, possibilitando tornar efetiva a decisão tomada no processo restaurativo, conferindo-lhe exequibilidade, na medida em que assegurou a participação de todos os envolvidos.

Quando a vítima é colocada como ator principal no procedimento restaurativo, torna-se muito importante a revelação da verdade, os detalhes dos fatos, as circunstâncias que envolveram o crime, as provas e a defesa do ofensor. A solução pode variar de vítima para vítima, dependendo do que almeja cada uma delas. Algumas podem se mostrar satisfeitas com uma demonstração simbólica da vontade do Estado em reconhecer a sua dor, enquanto que outras vítimas podem achar isso muito pouco e querer muito mais.

Na justiça restaurativa a vítima é tratada como parte lesada, com pretensão de justiça e de reparação dos danos, bem como com vistas à reconciliação e pacificação do conflito levado ao processo restaurativo. O realce do papel que a vítima ganha na justiça restaurativa é enunciado por Verónica Solares Martínez (200-?): (i) atividade e não passividade; (ii) é a vítima que determina suas necessidades; (iii) considera-se valores tanto emocionais quanto patrimoniais

³⁰¹ “Um dos poucos casos em que depois de uma sentença da Corte Interamericana, se levou a cabo um julgamento interno até a condenação dos responsáveis, refere-se ao Peru, com relação a três policiais responsáveis pela detenção e desaparecimento forçado de Ernesto Castillo Paez e que foram condenados a quinze anos de prisão. Apesar de que para um observador independente esse é um enorme êxito em contextos como os que se descreveram, não foi total a satisfação para a família pela ausência de reconhecimento dos perpetradores e pelos intentos de manipulação de que foram objeto até o último momento, que põe em debate o sentido mesmo da justiça: *Sr. Muy frustrante... En el proceso mismo, en los interrogatorios, ninguno de los policías quiso reconocer nada. De no ser por los testigos no sé qué hubiera pasado. Después ha habido una sentencia, ha transcurrido un año y aún está pendiente de ser ratificada o rechazada. Sra. Con beneficios, el cumplimiento serán unos seis años y después pueden salir y seguir riéndose de nosotros. Eso no es ninguna justicia. Después nos mandaron un mensaje diciendo: ustedes paran todo lo del juicio y nosotros les entregamos los restos de Ernesto. Nosotros dijimos de ninguna manera, y entonces nos dijeron que nunca íbamos a ver a Ernesto. Familia Castillo Páez.*” (IIDH, 2008, p. 429).

³⁰² Não existe consenso sobre a definição terminológica de justiça restaurativa, pois alguns doutrinadores optam por outras expressões, como justiça restauradora, justiça reparadora, justiça reintegradora, justiça conciliadora etc.

na negociação; (iv) esclarecimento da vítima sobre a tutela e o procedimento restaurativo para manifestação da sua vontade, sendo opção sua ficar frente-a-frente ao ofensor; (v) posição central da vítima e protagonista da mediação, não apenas como uma testemunha; (vi) possibilidade de restauração com demais envolvidos no fato; (vii) a reparação do dano emocional, patrimonial ou físico, tem preferência à punição do criminoso, permitindo à vítima superar seus medos; (viii) a vingança pública é secundária.

As diretrizes da ONU (cláusula n. 6 da Resolução n. 12/02 do Conselho Econômico e Social) afirmam que os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer fase do sistema de justiça criminal, de acordo com as leis nacionais. No Brasil, os princípios e postulados da justiça restaurativa foram enunciados em Araçatuba/SP, no I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, no mês de abril de 2005, mediante um documento intitulado “Carta de Araçatuba”, posteriormente ratificado pela “Carta de Brasília”, elaborado por ocasião da Conferência Internacional de Acesso à Justiça por meios Alternativos de Resolução de Conflitos (BRASIL, 2005).

As garantias constitucionais se fazem presentes na justiça restaurativa, e os acordos podem ser reavaliados pelo órgão jurisdicional, que atuará como fiscalizador, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art.5º, XXXV, da CF) a pedido das partes, seus advogados, ou do Ministério Público. “A atividade fiscalizadora, porém, deverá ser exercida como forma de limitação e preservação dos direitos e garantias, para fazer respeitar os princípios e as regras da própria justiça restaurativa”³⁰³ (SALIBA, 2009, p. 179).

As metodologias comprometidas com a “cultura da paz” e com a “terapia da narrativa”, tão caras à justiça restaurativa pretende oferecer respostas até mesmo para casos de graves violações aos direitos humanos. É justamente nos casos de graves violações aos direitos humanos que esse modelo parece mais apropriado.

Chriss Cunneen explica que a relação entre reparações e as respostas para as graves violações aos direitos humanos apenas recentemente tem encontrado um lugar na literatura da justiça restaurativa (2006, p. 355). Cunneen sustenta que os princípios de Van Boven, já evocados, sobre o direito das vítimas de violações das normas internacionais de direitos

³⁰³ Sobre o funcionamento da justiça restaurativa e a participação do Poder Judiciário, ver: SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 175-180.

humanos e de direito internacional humanitário a interpor recursos e obter reparações utilizam uma linguagem familiar à justiça restaurativa (2006, p. 363).

Tanto a justiça restaurativa quanto as reparações devidas às vítimas de graves violações aos direitos humanos rompem com as barreiras entre ilícito civil e penal (CUNNEM, 2006, p. 365), de maneira que se torna difícil distinguir punição penal e reparação civil e, várias vezes, observa-se a punição penal como uma espécie de reparação e a penalidade civil como tendo um valor sancionador.

Assim como as vítimas de outros crimes, as vítimas de graves violações aos direitos humanos, querem um reconhecimento público do mal que elas sofreram. Datas comemorativas são importantes, pois permitem um renascimento e a memória pode ser compartilhada e transformada em parte da consciência nacional. Inclui também um reconhecimento e pedido de desculpas, garantias para a sociedade de que fatos como os ocorridos não se repetirão, reabilitação, compensação (CUNNEN, 2006, p. 363).

Nem a compensação e nem o aprisionamento do ofensor, por si sós, são suficientes. A compensação pode ser vista como “blood money” para se comprar consciências. Os Estados precisam de alguma margem de liberdade para alcançar as necessidades das vítimas, sendo que o cárcere para os ofensores não é a única opção, mas também a ausência total de responsabilização, ainda que civil ou administrativa, não pode ser admitida.

O Estado não é obrigado a exercer a persecução penal contra todas as pessoas suspeitas da prática de graves violações dos direitos humanos, como impõe o paradigma da justiça retributiva, contudo, não pode o Estado conceder um manto de impunidade, por meio da anistia, bloqueando qualquer tipo de responsabilização, impossibilitando a agregação social, através da reconciliação das vítimas, seus familiares e a sociedade com o seu passado, que poderia ser alcançado com a aplicação da justiça restaurativa.

Nos casos em que os processos restaurativos não se mostrarem possíveis ou as partes envolvidas não o aceitarem, as causas devem ser encaminhadas às autoridades da justiça criminal e rapidamente tomada uma decisão sobre o seu prosseguimento, devendo os agentes envolvidos envidar esforços para encorajar o infrator a assumir responsabilidades para com a vítima e a sociedade.

Ante a total incompatibilidade dos atos praticados por esses agentes e o exercício de cargo público, a perda do cargo ou da função pública, que seria um dos efeitos

secundários da sentença condenatória (art. 92, I do Código Penal), constituir-se-ia numa forma de reparação às vítimas e à sociedade, podendo ser buscada pelas vias civis ou administrativas pelos órgãos legitimados para tanto, independentemente da persecução criminal.

Como denunciou Hannah Arendt (2004b, p. 317), o sistema legal dominante e os conceitos jurídicos eram inadequados para lidar com os fatos de massacres administrativos organizados pelo aparelho do Estado. Por essa razão, os juízes de todos esses julgamentos sentenciaram com base nos atos monstruosos. “Em outras palavras, julgaram com liberdade, por assim dizer, e não se apoiaram realmente nos padrões e nos precedentes legais com que mais ou menos convincentemente procuramos justificar suas decisões” (2004b, p. 317).

De fato, para enfrentarmos as dolorosas questões do passado, ocorridas durante o regime de ditadura militar no Brasil, é necessário buscarmos dentro dos marcos jurídicos respostas criativas inseridas em perspectivas de ação de um Direito pós-moderno (BITTAR, 2005, p. 429-435), que denuncia a inflexibilidade e o formalismo ritualísticos, frutos de uma cultura burocrática, como obstáculos à efetividade para respostas aos casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dispensa do Estado brasileiro de não ajustar contas com o passado traumático da ditadura militar demonstra a incapacidade da sociedade brasileira em consolidar-se numa democracia plena, pois muito do autoritarismo da época perpetua-se nos dias atuais, sendo a impunidade dos poderosos e a violência com os excluídos, verdadeiras chagas que corroem a confiança nas instituições públicas e geram a apatia social, um traço característico do nosso frágil Estado de Direito, além de ser prejudicial à imagem do país perante a comunidade internacional.

O engajamento do país com os postulados da justiça de transição (verdade, justiça, reparação e reformas de instituições) foi muito pequeno, explicado por um gradualismo e judicialização da repressão política que a normalizou, cristalizando a idéia que a repressão por aqui “não foi tão ruim assim” e criou barreiras para os esforços de reforma após o fim do regime autoritário, dentre estas, a interpretação sedimentada ainda durante a vigência do regime militar de que a lei 6.683/79 anistiou os agentes do Estado que torturam e mataram os dissidentes políticos, inviabilizando qualquer tentativa de realizar o princípio da justiça, tão maltratado no país.

Contudo, há uma posição unificada do sistema universal e do sistema interamericano de direitos humanos de considerar que as leis de auto-anistia que impedem a investigação e a punição das graves violações de direitos humanos e dos crimes contra a humanidade são contrárias a princípios de aplicação universal e violam tratados internacionais de direitos humanos, reafirmando que a temática dos direitos humanos não é da alçada discricionária da soberania dos Estados.

O problema reside na falta de vontade do intérprete brasileiro em dar aplicação às normas internacionais de proteção aos direitos humanos que determinam o dever de processar e assegurar o direito das vítimas a um julgamento. Por aqui, os três Poderes da República, além do Ministério Público, violam os direitos das vítimas da ditadura militar e seus familiares previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, ao conferirem validade à lei 6.683/79, ao reconhecerem a prescrição dos crimes contra a humanidade ou a existência de coisa julgada para casos extintos com base na lei de anistia e ao invocarem violação ao princípio da legalidade penal, ignorando toda a normativa internacional sobre o assunto que interage com o ordenamento

jurídico interno, afirmando a inexistência da figura dos crimes de lesa humanidade no direito positivo brasileiro.

Ocorre que as discussões em torno da lei de anistia brasileira e a ausência de persecução penal em face dos agentes da repressão política não podem passar ao largo das conseqüências perante o Direito Internacional das violações aos direitos humanos das vítimas da ditadura militar, pois, em que pese a polêmica secular entre monismo e dualismo, cujo pensamento jurídico por aqui é ainda impregnado por suas amarras, os ordenamentos jurídicos não são estanques, pelo contrário, interagem, em prol do indivíduo.

Para além da “sanção moral” e a “publicidade negativa” contra o Estado brasileiro que, enclausurado em sua miséria jurídica, continua sendo uma penosa exceção entre as transições democráticas no Continente Sul-americano, que se fizeram respeitando o direito coletivo ao conhecimento público das violações aos direitos humanos, há que se buscar respostas jurídicas à violação das normas de Direito Internacional, porquanto esta não pode ser considerada uma mera “exortação moral”, sem maiores conseqüências.

Essas conseqüências jurídicas são viabilizadas pela responsabilidade internacional do Estado, que reafirma a necessidade do Estado de respeitar seus compromissos internacionais e assegura uma série de medidas para assegurar os direitos violados, consolidando a juridicidade do arcabouço das normas internacionais de proteção aos seres humanos. A responsabilidade internacional é, portanto, a seara onde o Estado demonstra a capacidade de ser respeitado não só por seus nacionais, mas também por toda a comunidade internacional.

Nesse sentido, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, encarregado de aferir a responsabilidade internacional dos Estados nas Américas no tocante ao respeito e garantia do exercício dos direitos humanos, por meio da jurisprudência de seus órgãos, Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos, acabou por sepultar as chamadas leis de auto-anistia, da qual é exemplo a lei brasileira nº 6.683/79, que têm o único propósito de subtrair da justiça os responsáveis por crimes contra a humanidade, por serem incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, ao impedirem o acesso das vítimas e seus familiares à verdade, à justiça e a obterem a devida reparação. Ademais, a jurisprudência interamericana reconheceu a imprescritibilidade desses crimes, bem como a ocorrência de coisa julgada fraudulenta quando lastreada nessas leis de auto-anistia, concedendo uma série de reparações às vítimas desses países que sofreram com essas espécies de violações.

A importância da responsabilidade internacional do Estado reside no estabelecimento de novas relações jurídicas originadas a partir da violação prévia do Direito Internacional, que buscam reparar os danos advindos das violações aos direitos humanos e, considerando que elas podem advir de diversas autoridades, como é o caso brasileiro, essas novas relações jurídicas serão dirigidas a todos espaços de atribuições dessas autoridades, sempre tendo em mira a proteção ao ser humano.

A responsabilidade internacional do Estado vai muito além de assegurar apenas a reparação econômica às vítimas, mas determina que as suas instituições, identificando perpetradores de crimes contra a humanidade, processe-os e julgue-os. No entanto, a comunidade internacional, no rastro da justiça de transição, incentiva a conjugação das justiças retributiva e restaurativa, a fim de auxiliar na reconstrução dos laços da sociedade.

No caso de condenação do Estado brasileiro na Corte Interamericana, pode-se antever algumas conseqüências, sem prejuízo de outras mais, tais como, a determinação para: (i) revogar a lei de anistia 6.683/79; (ii) tipificar o delito de desaparecimento forçado; (iii) abrir casos ou reabri-los com a impossibilidade de se invocar coisa julgada; (iv) não reconhecer a prescrição de crimes contra a humanidade; (v) que o Poder Judiciário nacional observe a orientação conferida pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, acerca dos ditames da Convenção Americana; (vi) realizar obrigações de fazer em prol da memória das vítimas e da promoção dos direitos humanos em áreas que envolvam segurança pública.

A responsabilização internacional do Estado brasileiro no Sistema Interamericano na questão dos crimes da ditadura militar é a última alternativa e esperança das vítimas e seus familiares para se buscar a cessação dessas graves violações aos direitos humanos, em razão da omissão e falhas das instituições oficiais internas. A jurisdição interamericana não tem o propósito de desafiar ou concorrer com as instituições internas, mas, sim, aperfeiçoá-las e complementá-las, sempre tendo em mira o benefício aos seres humanos. Nesse sentido, a luta por verdade, memória, justiça e reparação em relação aos crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar pode contribuir para tornar o Judiciário brasileiro mais permeável às obrigações internacionais de direitos humanos nestes e em outros casos, de um modo geral, e para fortalecimento do Estado de Direito e da democracia no país.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Lo que queda de Auschwitz: el archivo y el testigo**. Valência: Pretexto, 2000.
- _____. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALESSANDRI, Pablo Saavedra. Algunas consideraciones sobre las reparaciones em la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). **Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. t. 6. p. 95-133.
- AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 48-88, jul./ago. 2004.
- _____. **A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática**. São Paulo: RT, 2008.
- ANDRADE, Isabela Piacentini de. Responsabilidade internacional do Estado por violação do jus cogens. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v. 5, n. 5, p. 4-32, jan./jun. 2007.
- ANOS de chumbo: Espanha também vai pedir a extradição de brasileiros. **Revista Consultor Jurídico (Conjur)**, São Paulo, 5 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/62761,1>>. Acesso em: 12 set. 2008.
- ARENDDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004a.
- _____. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004b.
- _____. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007a.
- _____. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007b.
- _____. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2007c.
- ARNS, Dom Paulo Evaristo (Org.). **Brasil: nunca mais**. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 1990.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- BASTOS, Lúcia Elena Arantes Ferreira. **Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BATISTA, Nilo. Aspectos jurídico-penais da anistia. **Revista Encontros com a Civilização Brasileira**. Rio de Janeiro, n. 19, p. 195-206, 1980.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BICKFORD, Louis. **The encyclopedia of genocide and crimes against humnaty**. 2004, v. 3. Disponível em: <<http://www.ictj.org/static/TJApproaches/WhatisTJ/macmillan.TJ.eng.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2008.

BICUDO, Hélio. Lei de anistia e crimes conexos. In: TELES, Janaína (Org.). **Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?** São Paulo: Humanitas, 2000. p. 73-75.

_____. Anistia desvirtuada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 53-70, mar./abr. 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

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

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967a. t. 2.

_____. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967b. t. 3.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: EDUSP, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Alamedina, 2003.

CARVALHO FILHO, Aloysio. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 6.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. 2006. Tese (Concurso de Titularidade) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional? In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Barueri: Manole, 2004. p.3-24.

_____. **International law**. New York: Oxford University Press, 2005.

CENTRO DE ESTUDOS LEGALES Y SOCIALES - CELS. **Líneas de acción para fortalecer el proceso de verdad y justicia propuestas del Cels**. In: Derechos Humanos en Argentina: Informe 2008. Buenos Aires, 28 jul. 2008. Disponível em: <http://www.cels.org.ar/common/documentos/jucios_verdad_justicia.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2009.

_____. **Crímenes del terrorismo de Estado - Weblogs de las causas**. Buenos Aires, 2009. Disponível em: <<http://www.cels.org.ar/wpblogs/>>. Acesso em 13 mai.2009.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos: A Corte Interamericana e a Implementação de suas Sentenças no Brasil**. Curitiba, Juruá, 2007.

COMBLIN, Joseph. **A Ideologia da segurança nacional: o poder militar na América Latina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. Questão de decência. In: TELES, Janaína (Org.). **Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?** São Paulo: Humanitas, 2000. p. 77-79.

CUNNEEN, Chris. Exploring the relationship between reparations, the gross violation of human rights, and restorative justice. In: SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry (Ed.). **Handbook of restorative justice Londres**. Nova York: Routedge, 2006. p. 355-368.

CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 138-172, 2005.

CUYA, Esteban. **Las comisiones de la verdad en América Latina**. KO'AGA ROÑE'ETA, Serie III: Impunidad y verdad, 1996. Disponível em: <<http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html>> Acesso em: 11 out. 2008.

D'ARAÚJO, Maria Celina; SOARES, Gláucio Ary Dillon; CASTRO, Celso. **Os anos de chumbo: a memória militar sobre a repressão**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DERRIDA, Jacques. “O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero?” In: NASCIMENTO, Evandro (Org.). **Jacques Derrida: pensar a desconstrução**. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciandos invejosos**. São Paulo, RT, 2005.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FAVARO, Thomaz. O dilema entre o perdão e a vingança. **Veja**, São Paulo, v. 41, n. 35, p. 86-93, 3 set. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FLOR, Ana. Especialista defende reforma de lei militar. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 de março de 2009a. p. A11.

_____. Procuradoria vai denunciar militares por seqüestros. **Folha Online**, São Paulo, 22 jan. 2009b. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u493067.shtml>>. Acesso em: 23 jan. 2009.

FRULLI, Micaela. O direito internacional e os obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Barueri: Manole, 2004. p. 269-327.

GAETA, Paola. As regras internacionais sobre os critérios de competência dos juízes nacionais. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Barueri: Manole, 2004. p. 237-268.

GARCIA, Marcio P. P. Responsabilidade internacional do Estado: atuação da CDI. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p. 273-285, abr./jun. 2004.

GARCIA RAMÍREZ, Sergio. **La jurisdicción internacional: derechos humanos e justicia penal**. México: Porrúa, 2003.

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

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

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nüremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GORENDER, Jacob. **Combate nas trevas: a esquerda brasileira: das ilusões perdidas à luta armada**. São Paulo: Ática, 1987.

GRECO, Heloísa. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. 2003. Tese (Doutorado em História) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

GUEMBÉ, Maria José. Obligación de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos. In: ABRAMOVICH, Victor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian. **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década**. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS, 2006.

_____. Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar Argentina. **Revista Internacional de Direitos Humanos - SUR**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 120-137, 2005.

GUIMARÃES, Thiago. Demora ameaça julgamentos sobre ditadura na Argentina. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1 fev. 2009. p. A21.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS - IIDH. **Diálogo sobre la reparación: experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos**. San José, Costa Rica: IIDH, 2008. t. 2. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/no.impunidad/>>. Acesso em: 4 dez. 2008.

IWASSO, Simone. Após um ano, País cumpre sentença. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 15 ago. 2007. Caderno Vida, p. A-13.

JUSTIÇA arquiva pedido para investigar morte de Herzog. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 14 jan. 2009. p. A6.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. As Constituições Brasileiras: direitos fundamentais e cidadania. In: CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andréa Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (Org.). **Direitos fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 191-264.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAISONNAVE, Fabiano. Entrevista com Anthony Pereira. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 5 abr. 2004, p. A10.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 1.

MARTINS FILHO, João Roberto. Tortura e ideologia: os militares brasileiros e a doutrina da *guerre révolutionnaire* (1959-1974). In: SANTOS, Cecília Macdowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida (Org.). **Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil**. São Paulo: Editora Hucitec, 2009. cap. 8, p.179-202, vol. 1.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: RT, 2007.

MEDEIROS, Ana Letícia Baraúna Duarte. **Direito internacional dos direitos humanos na América Latina: uma reflexão filosófica da negação da alteridade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MÉNDEZ, Juan E. Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (Org.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2004. p. 517-540.

MENEZES, Wagner. **Direito Internacional na América Latina**. Curitiba: Juruá, 2007.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas conseqüências: um estudo do caso brasileiro**. 2003. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade São Paulo, São Paulo.

_____. Entrevista com Juan E. Méndez, Presidente do Internacional Center For Transitional Justice (ICTJ). **Revista Internacional de Direitos Humanos, SUR**, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 173-179, 2007a.

_____. **O preço do esquecimento: as reparações pagas às vítimas do Regime Militar**. 2007b. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n.1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: RT, 1973. t. 1.

MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NASSER, Salem Hikmat. “Jus Cogens”: ainda esse desconhecido. **Revista Direito GV**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 161-178, jun./dez. 2005.

OLIVEIRA, Alicia; GUEMBE, Maria José. La verdad, derecho de la sociedad. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (Org.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 541-558

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. **Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e as suas conseqüências no direito internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado**. São Paulo: LTr, 2000.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. Lisboa: Almedina, 2005.

PEREIRA, Anthony W. **Political (in)justice: authoritarianism and rule of law in Brazil, Chile, and Argentina**. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2005.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Leis de anistia face ao direito internacional: desaparecimentos e direito à verdade. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 287-305.

_____. O perdão e os crimes contra a humanidade: um diálogo entre Hannah Arendt e Jacques Derrida. In: CORREIA, Adriano (Org.). **Hannah Arendt e a condição humana**. Salvador: Quarteto, 2006. p. 211-224.

_____. **A reconciliação impossível**: Agencia Carta Maior. 22 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.cartamaior.uol.com.br>>. Acesso em: 4 jan. 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007a.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007b.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Proteção internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Direitos Humanos na integração econômica**: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RESÍDUOS da ditadura. Juiz da Itália manda prender treze brasileiros. **Revista Consultor Jurídico (Conjur)**, São Paulo, 26 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/62543,1>>. Acesso em: 12 set. 2008.

ROBERTSON, Geoffrey. **Crimes against humanity**: the struggle for global justice. New York: The New Press, 2006.

RODRIGUES, Alexandre. Ministro pede ações em massa para mudar Lei de Anistia. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 28 fev. 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090228/not_imp331105,0.php> . Acesso em: 29 fev. 2009.

RONCAGLIA, Daniel; CRISTO, Alessandro. Direitos do mundo: globalização impulsiona avanço dos direitos humanos. **Revista Consultor Jurídico - Conjur**, São Paulo, 14 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72629,1>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.
- SCANLON, Thomaz Michael. Castigo penal e império de la ley. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Comp.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 303-319.
- SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impact of human rights trials in Latin America. **Journal of Peace Research**, London, v. 44, p. 427-445, 2007.
- SILVA, Eliezer Gomes da; SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça restaurativa, sistema penal, direito e democracia: intercessões ético-discursivas. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Rio de Janeiro, n. 52, p. 171-197, out./nov. 2008.
- SOLARES, Verónica Martínez. **Víctimas y justicia penal (200-?)**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/479/20.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2009.
- SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Anistia penal: problemas de validade da lei de anistia brasileira (Lei 6.683/79)**. Curitiba: Juruá, 2007.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- STRECK, Lenio. Reféns da lei. Que Justiça é essa? **IHU On Line: Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, n. 269, 18 ago. 2008. Disponível em: <http://www.unisinos.br/ihuonline/index.php?option=com_tema_capa&Itemid=23&task=detalhe&id=1233#>. Acesso em: 4 jan. 2009.
- _____. Interpretar a lei não é um ato de vontade do juiz. **JUSLEGAL: Associação Justiça e Legalidade**. Porto Alegre, fev. 2009. Disponível em <<http://www.juslegal.com.br/Arquivos/Jornal%20JUSLEGAL.pdf>>. Acesso em 01 mai. 2009.
- TEITEL, Ruti. De la dictadura a la democracia: el rol de la justicia transicional. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Comp.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004. p. 321-341.
- TELES, Edson Luís de Almeida. **Brasil e África do Sul: os paradoxos da democracia: memória política em democracias com herança autoritária**. 2007. Tese (Doutorado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. **Carta aos brasileiros, 1977**. Disponível em: <<http://www.goffredotellesjr.com.br/principal.aspx?tipo=2&Titulo=carta&id=73>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

TODOROV, Tzvetan. Os limites da justiça. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Barueri: Manole, 2004. p. 35-47.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003a. v. 1.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. v. 2.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003b. v. 3.

_____. Direitos humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 199-263.

VAN DER LAAT, Paula Lizano. La evolución del concepto de víctima en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). **Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. t. 1, p. 339-370.

VENTURA, Deisy. O regime do medo continua. **IHU On Line: Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, n. 269, 18 ago. 2008. Disponível em: <http://www.unisinos.br/ihuonline/index.php?option=com_tema_capa&Itemid=23&task=detalhe&id=1234>. Acesso em: 4 jan. 2009.

_____. **Terrorismo de Estado**. Movimento Nacional de Direitos Humanos – MNDH. Disponível em: http://www.mndh.org.br/index.php?Itemid=56&id=950&option=com_content&task=view. Acesso em: 4 jan. 2009.

Documentos Oficiais:

BELÉM. V Fórum Mundial de Juízes. **Carta de Belém**. Belém, 23-25 jan.2009. Disponível em: <<http://www.forumjuizes.org/br/carta-de-belem>>. Acesso em: 7 fev. 2009.

BRASIL. Princípios e valores de justiça restaurativa. **Carta de Brasília**, 17 junho 2005. Disponível em: <<http://www.carceraria.org.br/?system=news&action=read&id=433&eid=68>> Acesso em: 7 fev. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A anistia concedida a delitos políticos só se estende a crime comum conexo quando expressamente determinado na lei que a concede. H.C. n. 29.797.

Osvaldo Ribeiro Teixeira e outros. Relator: Min. Lafayette de Andrada. Acórdão de 10 de setembro de 1947. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 115, p. 210, jan. 1948.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Petição n. 56.466/DF**. Rel. Min Bilac Pinto, Pleno, unânime, audiência de publicação, 19.09.1973.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n° 55.418/RS**. Rel. Min. Soares Muñoz. 1ª Turma, unânime, Diário da Justiça de 19.0.1977.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Apelação Cível n. 9.696-3/SP**. Rel. Ministro Sidney Sanches, Pleno, unânime, D.J., 24.10.1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 160.841-2/SP**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, unânime, D. J., de 22.09.1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 70.389-5-SP**. Rel. Min. Celso de Mello. D. J., 19.08.1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 82.242/RS**. Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA. 2ª Turma, unânime, D.J. 11.10.2002

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 460.971/RS**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, D.J., 30.03.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n. 1.008/República da Colômbia**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, maioria, D.J., 17.08.2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n° 33.782-7-SP**. Rel. Min. José Dantas Diário, 5ª Turma, unânime, Diário da justiça 18/08/93.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n°873.371-DF**. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, maioria, Diário da Justiça, 20/09/2007.

COMISSÃO DE ANISTIA. **Balanço da Comissão de Anistia**. 2007. Brasília. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 4 out. 2008.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório n°29/92**. Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 e 10.375. Uruguai. Washington, D.C., 2 de outubro de 1992.

_____. **Relatório n°36/96**. Caso n°10.843. Chile. Washington, D.C., 14 de outubro de 1996. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/96port/caso10843.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2009.

_____. **Relatório n°33/01**. Caso n°11.552. Guerrilha do Araguaia. Washington, D.C., 6 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/11552.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

_____. **Relatório nº 133/99.** Caso nº 11.725. Chile. Washington, D.C., 19 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Chile11.725.htm>>. Acesso em: 3 mar. 2009.

_____. **Audiência temática sobre a Lei de Anistia do Brasil.** Washington, D.C., 27 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.prr3.mpf.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=143&Itemid=184>. Acesso em: 23 jan. 2009.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Streletz, Kessler e Krenz v. Alemanha.** Applications nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98. Estrasburgo, 22 de março de 2001. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Streletz%2C%20%7C%20Kessler%20%7C%20Krenz%20%7C%20v.%20%7C%20Germany&sessionid=30973281&skin=hudoc-en>> Acesso em: 01 out. 2009.

_____. **Caso Görgulu v. Alemanha.** Application no. 74969/01. Estrasburgo, 26 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=G%F6rg%FC1%FC&sessionid=37067031&skin=hudoc-em>> Acesso em: 10 nov. 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásques Rodrigues v. Honduras.** Sentença de mérito. São José, 29 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc> Acesso em: 13 out. 2008.

_____. **Caso Velásques Rodrigues v. Honduras.** Sentença de reparações. São José, 21 de julho de 1989. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.doc> Acesso em: 13 out. 2008.

_____. **Caso Godíne Cruz v. Honduras.** São José, 21 de julho de 1989. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_08_esp.doc> Acesso em: 13 out. 2008.

_____. **Caso Aloboetoe e outros v. Suriname.** São José, 04 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_11_ing.doc> Acesso em: 13 out. 2008.

_____. **Opinião consultiva (OC-14/94).** São José, de 9 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriea_14_esp.doc> Acesso em: 13 out. 2008.

_____. **Caso Durand e Ugarte v. Peru.** São José, 28 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_50_esp.pdf> Acesso em: 2 fev. 2009.

_____. **Caso Blake v. Guatemala.** São José, 24 de janeiro de 1998. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 08 set. 2008.

_____. **Caso Paniaugua Morales e outros v. Guatemala.** São José, 08 de março de 1998. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_esp.doc>. Acesso em: 4 fev. 2009.

_____. **Caso Garrido e Baigorria v. Argentina.** Sentença de mérito. São José, 27 de agosto de 1998. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_39_ing.doc> Acesso em: 18 fev. 2009.

_____. **Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru.** Sentença de Exceções Preliminares. São José, 4 de setembro de 1998. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2009.

_____. **Caso Loayza Tamayo v. Peru.** Sentença de Reparações. São José, 27 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.doc>. Acesso em: 18 fev. 2009.

_____. **Caso Suárez Rosero v. Equador.** São José, 20 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_44_esp.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2009.

_____. **Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) v. Chile.** São José, 05 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.doc>. Acesso em: 02 set. 2008.

_____. **Caso Barrios Altos v. Peru.** Sentença de mérito. São José, 14 de março 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriea_75_esp.doc>. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. **Caso Barrios Altos v. Peru.** Sentença de interpretação sobre o mérito. São José, 03 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriea_83_esp.doc>. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.** São José, 26 mai. 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_77_esp.doc>. Acesso em: 02 fev. 2009.

_____. **Caso Trujillo Oroza v. Bolívia.** São José, 27 fev. 2002. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_92_esp.doc>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. **Caso Del Caracazo v. Venezuela.** São José, 29 ago. 2002. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_95_esp.doc>. Acesso em: 02 fev. 2009.

_____. **Caso Cantos v. Argentina.** Sentença de mérito. São José, 28 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.doc>. Acesso em: 30 set. 2009.

_____. **Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala.** São José, 25 nov. 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.doc>. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. **Caso Baena Ricardo e outros v. Panamá.** São José, 28 de nov. de 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.doc>. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. **Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica.** Sentença de mérito. São José, 02 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.doc>. Acesso em: 10 nov. 2009.

_____. **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyari v. Peru.** São José, 08 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.doc>. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. **Caso do Massacre Plan de Sánchez v. Guatemala.** São José, 19 de nov. 2004. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_116_esp.doc>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. **Caso Comunidade Moiwana v. Suriname.** São José, 25 de junho de 2005. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp.doc>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. **Caso do Massacre de Mapiripán v. Colômbia.** São José, 15 de setembro de 2005. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.doc>. Acesso em: 25 mar. 2009.

_____. **Caso Gómez Palomino v. Peru.** São José, 22 de novembro de 2005. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_esp.doc>. Acesso em: 25 mar. 2009.

_____. **Caso Ximenes Lopes v. Brasil.** São José, 4 de julho de 2006. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2007.

_____. **Caso Goiburú y otros v. Paraguay.** São José, 22 set. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.doc>. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. **Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile.** São José, 26 set. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. **Caso La Cantuta v. Peru.** São José, 29 nov. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.doc>. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. **Caso Heliodoro Portugal v. Panamá.** São José, 12 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.doc>. Acesso em: 14 jan. 2009.

_____. **Caso Escher e outros v. Brasil.** São José, 06 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_199_por.doc>. Acesso em: 14 ago. 2009.

_____. **Caso Garibaldi v. Brasil.** São José, 23 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.doc>. Acesso em: 10 nov. 2009.

GERMAN FEDERAL REPUBLICA. **Decision of the Federal Constitutional Court, 2 BvR 1481/04**, of October 14, 2004. Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg04-117en.html>> Acesso em: 10 nov. 2009

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Assembléia Geral. **Resolução nº 95 (I)** de 11 de dezembro de 1946. Disponível em:
<<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/46/IMG/NR003346.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. Assembléia Geral. **Resolução 2338 (XXII)**. Questão do castigo dos criminosos de guerra e das pessoas que tenham cometido crimes contra a humanidade. Nova York, 18 dezembro de 1967. Disponível em:
<<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/236/73/IMG/NR023673.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 19 fev. 2009.

_____. Assembléia Geral. **Resolução 2391 (XXIII)**. Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. Nova York, 26 de novembro de 1968. Disponível em:
<<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/243/51/IMG/NR024351.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 18 fev. 2009.

_____. Assembléia Geral. **Resolução nº 3.074, de 3 de dezembro de 1973**. Princípios de Cooperação Internacional na Identificação, Detenção, Extradicação e Castigo por Crimes de Guerra ou Crimes de Lesa-Humanidade. Disponível em:
<<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/285/99/IMG/NR028599.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 9 set. 2008.

_____. Assembléia Geral. **Resolução 39/159, de 17 de dezembro de 1984**. Inadmisibilidad de la política de terrorismo estatal y de toda acción de los Estados encaminada a socavar el sistema sociopolítico de otros Estados soberanos. Disponível em:
<<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/468/86/IMG/NR046886.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 9 set. 2008.

_____. Assembléia Geral. **Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985**. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. Disponível em:
<<http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Prisioneiros/texto/abusopoder1.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2009.

_____. Assembléia Geral. **Resolução A/RES/56/83, de 28 de janeiro de 2002**. Responsibility of States for internationally wrongful acts. Disponível em:
<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/97/PDF/N0147797.pdf?OpenElement>. Acesso em: 2 fev. 2009.

_____. Assembléia Geral. **Resolução A/RES/59/35, de 14 de dezembro de 2004**. Responsibility of States for internationally wrongful acts. Disponível em:
<<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/478/36/PDF/N0447836.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2 fev. 2009.

_____. Assembléia Geral. **Resolução 60/147, de 16 de Dezembro de 2005**. Princípios e diretrizes básicos sobre o direito das vítimas de violações das normas internacionais de direitos humanos e de direito internacional humanitário a interpor recursos e obter reparações. Disponível

em:

<<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/42/PDF/N0549642.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2 fev. 2009.

_____. Comissão de Direito Internacional. **Resolução nº 177 (II), de 21.11.1947**. Disponível em:

<<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/84/IMG/NR003884.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 9 set. 2008.

_____. Comissão de Direito Internacional. **Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal**. 2ª Sessão, 1950.

Disponível em:

<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf>. Acesso em: 9 set. 2008.

_____. Conselho Econômico e Social. **Resolução 12/2002, 24 de julho de 2002**. Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Disponível em: <http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/resolucaodaonu2002_12.pdf>. Acesso em: 1 out. 2008.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 2001.04.01.085202-9/RS**. Rel. Juíza Federal Vânia Hack de Almeida. Porto Alegre, 12 set. 2005.

Disponível em:

http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=841410&hash=455087f292432de7ef8de24ba64555e6. Acesso em: 5 fev 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Habeas Corpus. Autos nº 2008.04.00.026996-6/RS**. Rel. Juiz Federal Marcos Roberto Araújo dos Santos. Porto Alegre, 28 ago. 2008.

Disponível em:

http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2437883&hash=ad436016f44d9c75d670f47639db3966. Acesso em: 5 fev 2009.

RIO DE JANEIRO. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 2ª. Vara Federal do Rio de Janeiro.

Processo 99.0057887-2. Rio de Janeiro, 16 out. 2006. Disponível em:

<http://www.jfrj.gov.br/nsiapro/jfrj/consulta/resconsproc.asp>. Acesso em: 1 ago. 2007.

SÃO PAULO. Procuradoria da República no Estado de São Paulo. **Carta de São Paulo**. São Paulo, 25 maio 2007. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/infoprdc/cartasp.pdf>>.

Acesso em: 10 ago. 2008.

_____. Seção Judiciária de São Paulo. 8ª Vara Federal Cível de São Paulo. **Ação Civil Pública. Autos nº 2008.61.00.011414-5**. São Paulo, 10 novembro 2008. Disponível em:

<http://www.jfsp.gov.br/cp_varas.htm>. Acesso em: 13 nov. 2008.

_____. Seção Judiciária de São Paulo. 1ª Vara Federal Criminal. **Procedimento Investigatório do Ministério Público Federal (Peças de Informação). Autos nº 2008.61.81.012372-1**. São Paulo, 29 janeiro 2009. Disponível em: <http://www.jfsp.gov.br/cp_varas.htm>. Acesso em: 20 fev. 2009.

_____. Seção Judiciária de São Paulo. 1ª Vara Federal Criminal. **Procedimento Investigatório do Ministério Público Federal (Peças de Informação). Autos nº 2008.61.81.013434-2.** São Paulo, 29 janeiro 2009. Disponível em: http://www.jfsp.gov.br/cp_varas.htm. Acesso em: 20 fev. 2009.

_____. Seção Judiciária de São Paulo. 11ª Vara Federal Cível de São Paulo. **Ação Civil Pública. Autos nº 2009.61.00.005503-0.** São Paulo, 06 de março de 2009. Disponível em: http://www.jfsp.gov.br/cp_varas.htm. Acesso em: 24 mar. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. 23ª Vara Cível. **Ação Declaratória (em geral). Autos nº 583.00.2005.202853.** São Paulo, 07 outubro 2008. Disponível em: http://www.tj.sp.gov.br/portaltj/Paginas/Pesquisas/Primeira_Instancia/Civel/Por_comarca_civel.aspx. Acesso em: 13 nov. 2008.

_____. Tribunal de Justiça. 42ª Vara Cível. **Ação Declaratória (em geral). Autos nº 583.00.2007.241711.** São Paulo, 19 dezembro 2008. Disponível em: http://www.tj.sp.gov.br/portaltj/Paginas/Pesquisas/Primeira_Instancia/Civel/Por_comarca_civel.aspx#andamentos. Acesso em: 13 nov. 2008.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 3ª Turma. **Agravo de Instrumento. Autos nº 2008.03.00.046274-0.** Rel. Desembargadora Federal Cecília Marcondes. São Paulo, 17 dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=26>. Acesso em: 16 jan 2009.

Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia (TPII). **Caso Prosecutor v. Dusko Tadic (IT-94-1-T).** Decision on the defence motion on jurisdiction. Haia, 10 de agosto de 1995. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm>. Acesso em: 01 out 2009.