



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Marcela Siqueira Miguens

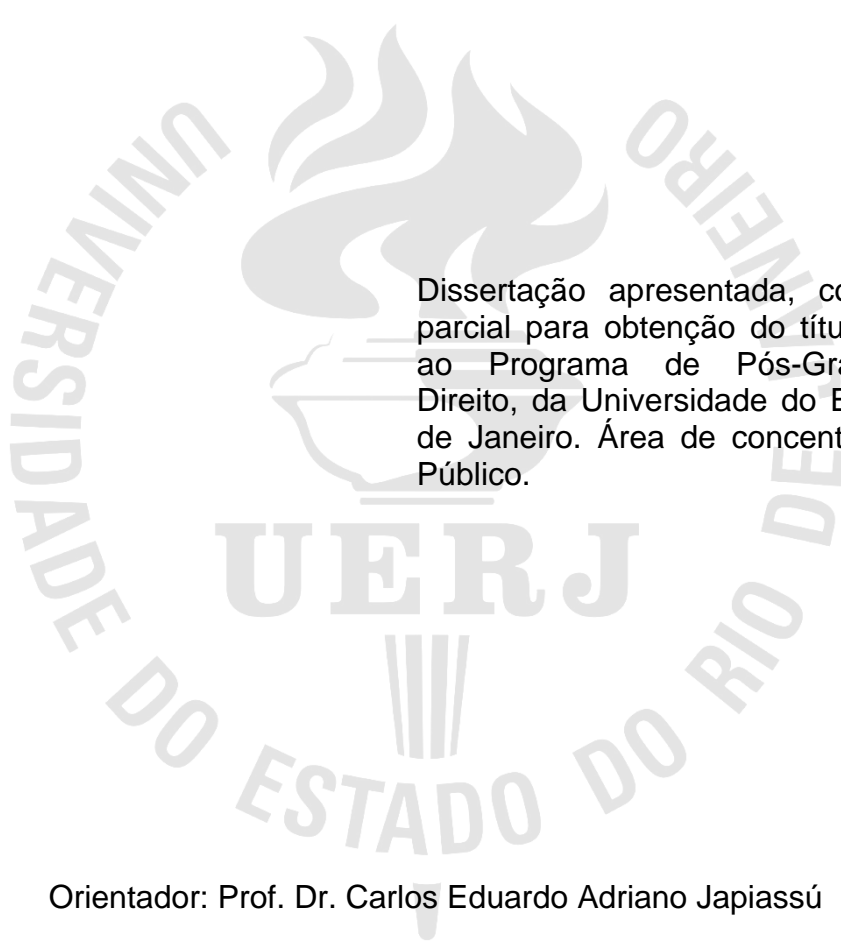
**A justiça de transição no contexto latino-americano: suas
características, fundamentos e uma comparação entre Brasil e
Argentina**

Rio de Janeiro

2011

Marcela Siqueira Miguens

**A justiça de transição no contexto latino-americano: suas características,
fundamentos e uma comparação entre Brasil e Argentina**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Coorientador: Prof. Dr. Rodrigo de Souza Costa

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M634j Miguens, Marcela Siqueira.

A justiça de transição no contexto latino-americano: suas características, fundamentos e uma comparação entre Brasil e Argentina / Marcela Siqueira Miguens. – 2011.
175 f.

Orientador: Carlos Eduardo Adriano Japiassú.

Coorientador: Rodrigo de Souza Costa.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Justiça - Teses. 2. Direitos humanos - Teses. 3. Responsabilidade (Direito) – Teses. I. Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. II. . III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 340

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Marcela Siqueira Miguens

**A justiça de transição no contexto latino-americano: suas características,
fundamentos e uma comparação entre Brasil e Argentina**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em 22 de agosto de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú (Orientador)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Rodrigo de Souza Costa (Coorientador)
Faculdade de Direito da UFF

Prof^a. Dr^a. Patrícia Mothé Glioche Béze
Faculdade de Direito da UERJ

Prof^a. Dr^a. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues
Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

Rio de Janeiro

2011

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú, por ter me apresentado o tema da justiça de transição em suas aulas fundamentais durante o curso do mestrado, pelos conselhos, sugestões e orientações dados na elaboração do trabalho sempre muito precisos e pelo professor dedicado que ele foi, que é e que continuará sendo, para mim e para todos os seus alunos.

Ao Rodrigo, meu coorientador, pela ajuda incalculável na elaboração do trabalho, pelas sugestões, por todo cuidado que teve durante a coorientação, pelos livros, pelas revisões nas horas mais inacreditáveis e por ser o responsável pela escolha do direito penal na minha vida. E, mais do que tudo isso, pela amizade.

Ao Márcio, pelo ambiente de trabalho que me proporciona, por toda a compreensão em relação ao tempo gasto com a realização do mesmo, pela preocupação com o seu desenvolvimento e por ser generoso entendendo minhas ausências.

À Luciana, por toda a ajuda, que eu não tenho aqui nem como descrever. Por esses anos de amizade, pela presença querida e constante e por sempre me lembrar de como a vida pode trazer coisas boas.

À Rúbia, do NEDIPI, por fazer parte deste processo, sempre se dispondo com simpatia a me ouvir e ajudar.

Às professoras Luciana Boiteux e Patrícia Glioche por fazerem parte da minha formação e por se disporem tão generosamente a participar do exame do presente trabalho.

Aos amigos que, cada um de sua forma, me ajudaram a conseguir seguir adiante. Em especial à Maria Clara, por me socorrer nos momentos de desespero.

À minha mãe pelo apoio e incentivo incondicionais.

À minha irmã, pelo amor, pelos conselhos, pelas conversas, pelo carinho, por acreditar, pelo cuidado, pelas louças lavadas, por uma infinidade de coisas, por tudo.

Ao Maieiro, pelo amor e simplesmente por estar aqui, já é mais do que posso agradecer.

Quem vai evitar que os ventos
Batam portas mal fechadas
Revirem terras mal socadas
E espalhem nossos lamentos

E enfim quem paga o pesar
Do tempo que se gastou
De las vidas que costó
De las que puede costar

Canción por la unidad latinoamericana
Chico Buarque e Pablo Milanés

RESUMO

MIGUENS, Marcela Siqueira. *A justiça de transição no contexto latino-americano: suas características, fundamentos e uma comparação entre Brasil e Argentina*. 2011. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

O presente trabalho se propõe a uma discussão sobre como pode ser encarada a questão da responsabilidade penal em relação às violações massivas de direitos humanos praticadas durante situações de repressão, considerando o caso brasileiro da edição da Lei nº 6.683. Para tanto, apresenta-se o conceito de justiça de transição e o seu surgimento, que é acompanhado pela afirmação da proteção internacional dos direitos humanos. Este processo é dividido em três fases distintas, relacionadas ao fim da Segunda Guerra e o estabelecimento dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio; à onda de democratização em algumas nações com o fim da Guerra-Fria e à criação dos tribunais internacionais e do TPI. Como forma de efetivação da justiça de transição, são apresentados os Princípios de Chicago, diretrizes a serem seguidas pelos Estados na transição democrática, que sugerem abordagens de diversas naturezas em relação às violações de direitos humanos. Como fundamento da justiça de transição, dando destaque à questão da responsabilização penal, são trazidos os dispositivos sobre o tema presentes em normas e tratados internacionais, enfatizando os aspectos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Parte-se, em seguida, à apresentação do exemplo argentino na realização da justiça de transição sob o aspecto da declaração de inconstitucionalidade de suas leis de anistia, como meio de reflexão para o caso brasileiro. Conjugando os elementos anteriores, apresenta-se a situação brasileira no contexto da realização da justiça de transição, com o julgamento da ADPF 153 e com a condenação do Estado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Justiça de transição. Princípios de Chicago. Responsabilização penal. Leis de anistia.

ABSTRACT

MIGUENS, Marcela Siqueira. *A justiça de transição no contexto latino-americano: suas características, fundamentos e uma comparação entre Brasil e Argentina*. 2011. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

This paper proposes a discussion on how it can be given to the issue of accountability in relation to the massive human rights violations committed during times of repression, considering the case of the Brazilian edition of the Law No. 6683. To this end, we present the concept of transitional justice and its appearance, which is accompanied by the statement of the international protection of human rights. This process is divided into three distinct phases, related to the end of World War II and the establishment of the Nuremberg and Tokyo Tribunals, the wave of democratization in some countries with the end of the Cold War and the creation of international tribunals and the ICC. As a way of realization of transitional justice, presents the Chicago Principles, guidelines to be followed by states in democratic transition, suggesting approaches of different nature in relation to human rights violations. In support of transitional justice, highlighting the issue of accountability, the devices are brought on the present subject standards and treaties, emphasizing the inter-American Human Rights. Breaks, then the presentation of the Argentine example in the realization of transitional justice in the aspect of the declaration of unconstitutionality of their amnesty laws as a means of reflection for the Brazilian case. Combining the previous elements, it presents the situation of Brazilian the realization of transitional justice, with the trial of ADPF 153 and the condemnation of State for Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Transitional justice. Chicago Principles. Accountability. Amnesty laws.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	09
1.	A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO	12
1.1.	Fases da justiça de transição	17
1.1.1.	<u>Primeira fase</u>	18
1.1.1.1.	O princípio da legalidade e o direito penal internacional pós 1945	29
1.1.2.	<u>Segunda fase</u>	32
1.1.3.	<u>Terceira fase</u>	39
1.2.	A efetivação da justiça de transição a partir dos Princípios de Chicago	51
1.2.1.	<u>Primeiro Princípio</u>	53
1.2.1.1.	O instituto da anistia	55
1.2.2.	<u>Segundo Princípio</u>	57
1.2.3.	<u>Terceiro Princípio</u>	62
1.2.4.	<u>Quarto Princípio</u>	64
1.2.5.	<u>Quinto Princípio</u>	66
1.2.6.	<u>Sexto Princípio</u>	67
1.2.7.	<u>Sétimo princípio</u>	68
2.	A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	71
2.1.	O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos	77
2.1.1.	<u>A Convenção Americana sobre Direitos Humanos</u>	78
2.1.2.	<u>A jurisdição interamericana: a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos</u>	83
2.1.2.1.	Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.....	85
2.1.2.2.	Barrios Altos Vs. Peru	89
2.1.2.3.	Relevância das decisões mencionadas no contexto da responsabilização penal	92

3.	A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO COMO FENÔMENO LATINO AMERICANO	94
3.1.2.	<u>O período de ditadura na Argentina: 1976-1983</u>	98
3.1.3.	<u>A democratização</u>	105
2.2.1.1.	A questão militar no novo governo democrático e a Lei nº 23.049.....	107
2.2.1.2.	A Lei do Ponto Final	111
2.2.1.3.	A Lei da Obediência Devida	113
3.1.4.	<u>A decisão da Corte Suprema argentina: declaração de inconstitucionalidade das leis de anistia</u>	115
3.1.4.1.	O caso predecessor na Corte Suprema: Enrique Arancibia Clavel	117
3.1.4.2.	O caso da decisão de inconstitucionalidade: o desaparecimento do casal Poblete e filha.....	120
3.1.4.3.	Razões da declaração de inconstitucionalidade das leis de anistia: a sentença da Corte Suprema e sua fundamentação	124
3.1.4.3.1.	<i>Validade da Lei 25.779: o voto do Ministro Zaffaroni</i>	125
3.1.4.3.2.	<i>As normas internacionais de proteção aos direitos humanos</i>	128
3.1.4.3.3.	<i>Os princípios da legalidade e da irretroatividade na decisão</i>	131
3.1.4.3.4.	<i>A imprescritibilidade</i>	132
3.2.	O Brasil	134
3.2.1.	<u>O período de ditadura no Brasil: 1964-1985</u>	134
3.2.2.	<u>A “abertura lenta, gradual e segura”: a Lei de Anistia</u>	138
3.2.3.	<u>A discussão no Brasil sobre as violações de direitos humanos ocorridas durante o último regime militar e sobre a lei de anistia</u>	139
3.2.3.1.	A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153.....	142
3.3.	Algumas comparações entre a justiça de transição na Argentina e no Brasil sob o aspecto da responsabilização penal	149
3.3.1.	<u>A condenação do Brasil pela decisão da Corte Interamericana de Direitos humanos</u>	154
4.	CONCLUSÃO	162
	REFERÊNCIAS	166

INTRODUÇÃO

A justiça de transição é um tema que assume grande importância para a comunidade internacional como um todo, pois se relaciona à realização de justiça, restauração e manutenção da paz em determinado território onde tenham ocorrido graves violações aos direitos humanos. Assim, esta espécie de justiça se apresenta sob a nomenclatura de justiça de transição ou justiça pós-conflito, representando a transição, mudança de um contexto nacional de conflito armado ou de presença de regimes autoritários para um governo democrático calcado na existência de um Estado de Direito.

Os abusos sempre foram marca da história da humanidade, neste sentido, busca-se uma forma de reconhecimento, reparação das vítimas e responsabilização dos culpados, para que as violações não mais se repitam. Desta forma, se apresenta a dicotomia entre punição e esquecimento, tendo como escopo a reconstrução nacional e pacificação.

A realidade brasileira faz com que a discussão acerca da realização da justiça de transição adquira grande relevância. O país passou, entre os anos de 1964 e 1985, por uma sucessão de regimes militares que atuaram, ora de maneira mais intensa, ora de maneira menos intensa a partir da restrição de uma série de liberdades e garantias fundamentais dos indivíduos e da forte repressão da oposição política.

Como se nota na história recente do Brasil, a repressão que atuava neste momento sobre aqueles que se dispunham a contestar o autoritarismo do governo se utilizou de meios absolutamente reprováveis: a prática de condutas como os desaparecimentos forçados, as violências sexuais e o emprego da tortura.

A edição da Lei nº 6.683 já nos últimos suspiros do regime militar, anistiou todos os crimes políticos e conexos cometidos durante o mesmo. A interpretação da conexão fez com que a anistia abrangesse também as violações de direitos humanos por parte dos agentes do Estado, que são consideradas crimes comuns.

Essa recente experiência antidemocrática foi um fenômeno comum à maioria das nações da América Latina, sendo que em quase todas onde se instalou um regime progressivo houve a edição de leis de anistia. Tem se notado um processo

nestes países de responsabilização penal pelas violações ocorridas, assim, no Chile, por exemplo, o decreto-lei nº 2.191/78, que anistiava os crimes cometidos entre 1973 e 1978, foi revogado em razão de decisão do sistema interamericano; o Uruguai, condenou Juan María Bordaberry, cuja ditadura ocorreu entre 1973 e 1976; o Peru, a partir da sentença da Corte Interamericana no caso *Barrios Altos* teve invalidadas as leis de anistia e, ainda, a Argentina, caso particularmente expressivo, onde seu máximo tribunal, a Corte Suprema, declarou inconstitucionais as leis.

Portanto, neste contexto, busca-se chegar a uma reflexão sobre a Lei de Anistia brasileira, considerando o exemplo argentino, que se trata da aplicação pelo direito interno da jurisprudência e dos preceitos internacionais para promover a persecução penal das violações de direitos humanos ocorridas.

A escolha do exemplo argentino motiva-se pelo fato de ser um caso de total absorção destes valores internacionais pelo ordenamento jurídico, após uma situação que foi semelhante à brasileira, pois que esta, ainda que menos letal, foi tão violadora das liberdades civis e das instituições democráticas quanto a outra.

O primeiro capítulo do presente trabalho parte de uma conceituação da justiça de transição a partir de suas fases. Assim, aponta-se a primeira fase como o momento de uma forte cooperação entre os Estados e um significativo internacionalismo, tendo como símbolos os julgamentos de Tóquio e de Nuremberg.

Já a segunda fase é apresentada como uma etapa de oposição entre justiça, a partir da punição, e reconciliação, a partir do esquecimento ou do perdão. É o momento de dissolução da URSS e mudanças políticas nas nações da África, América Central e América Latina – traduzida pela queda de autocracias cívico-militares.

A terceira fase, que nos é contemporânea, é representada pela criação dos tribunais da antiga Iugoslávia, de Ruanda, de Serra Leoa e pela criação do Tribunal Penal Internacional, este último em resposta às críticas em relação aos primeiros, representando um fim deste modelo de tribunais criados para o julgamento de fatos anteriores a sua criação.

Neste contexto, os Princípios de Chicago, idealizados por Bassiouni, consistem em diretrizes básicas que buscam determinar de forma eficiente quais as estratégias e políticas mais eficazes para lidar com necessidades específicas de cada local, considerando seus aspectos sociais, políticos, culturais e econômicos.

Assim, como forma de efetivação da justiça de transição, ainda neste segundo capítulo, são descritos os sete Princípios de Chicago, que representam valores ordinariamente reconhecidos pela comunidade internacional, consolidados e traduzidos para termos gerais, onde se pretende estabelecer uma linguagem comum, garantindo sua aplicação em contextos locais dos mais diversos.

O segundo capítulo trata da proteção internacional dos direitos humanos, destacando os dispositivos que, direta ou indiretamente, fundamentam a necessidade de persecução das violações ocorridas, considerando a sua consolidação a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos, que serviu de parâmetro para outras posteriores.

Assim, contextualizando a proteção de direitos humanos, trata ainda o segundo capítulo do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a partir da Convenção Americana e os direitos e deveres nela expostos e considerando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que se refere à obrigação dos Estados em realizar a persecução penal e a incompatibilidade das leis de anistia com o sistema de proteção.

O terceiro capítulo, ao tratar da justiça de transição como fenômeno latino americano, apresenta as circunstâncias que envolveram o regime militar argentino, a edição das leis do Ponto Final e da Obediência Devida e a posterior declaração de inconstitucionalidade das mesmas pela Corte Suprema. Por sua vez, trata-se do caso brasileiro, com a também caracterização de seu período de repressão, a edição da lei de anistia e a posterior discussão da validade de sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, apresenta-se a condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ocorrida com base na posição brasileira no que concerne à realização da justiça de transição e a resposta que foi dada às referidas violações de direitos humanos ocorridas em seu território.

1. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Para o *International Center of Transitional Justice*, justiça de transição, também chamada de justiça pós-conflito, é o nome que se dá ao conjunto de medidas tomadas, ou que devem ser tomadas como resposta a violações aos direitos humanos ocorridas em determinado território, que assumam relevância internacional. As propostas que a justiça de transição apresenta compreendem uma série de elementos, de natureza diversa, que se agrupam nas premissas gerais da reparação das vítimas, da promoção da paz, da reconciliação e da democratização.¹

Em um sentido mais abrangente, esta denominada justiça de transição pode ser entendida como uma das possíveis concepções do que se tem por justiça – e também a sua realização – associada a períodos de mudanças políticas (que representem a concretização de um governo comprometido com o estabelecimento de valores democráticos) e caracterizado pela responsabilização das violações ocorridas.²

Não seria ela diferente da justiça pretendida pelos ordenamentos internos quando da prestação jurisdicional, mas uma adaptação da mesma às sociedades em reconstrução após as referidas violações, com todas as suas especificidades.

A ideia de justiça possuiu uma complexidade que transcende os limites do direito, compreendendo tantos significados quanto interpretações possíveis de seu sentido. Não se pretende aqui trazer uma discussão acerca do que seja a *justiça*, mas sintetizar este conceito jurídico-filosófico a partir de um sentido que permita a compreensão de sua aplicação nos referidos momentos de transição.

De forma simples, ao tratar do tema da reconciliação e da pacificação, LEDERACH apresenta uma definição de justiça que cabe ao presente estudo, posto que traduz o fim da justiça neste contexto: “justiça representa a busca pelos direitos individuais e coletivos, pela reestruturação social e pela reparação, mas relaciona-se

¹ ICTJ (International Center of Transitional Justice). *What is Transitional Justice?* Disponível em: www.ictj.org. Acesso em 18 ago. 2009.

² TEITEL, Ruti. *Transitional justice genealogy*. (Symposium: Human Rights in Transition) 16 In: *Harvard Human Rights Journal*, 2003, p.69.

também com a paz, o que reforça a necessidade de interdependência, bem-estar e segurança.”³

Aplicar a justiça de transição, portanto, adquire neste contexto o sentido de não deixar se fazer incólume nenhuma espécie de violação aos direitos humanos em determinado território, respeitando os direitos individuais e coletivos. Ou seja, consiste na criação de uma gama de medidas que permitam a responsabilização dos agentes perpetradores das violações, a reparação das vítimas e, de forma mais ampla, o direito à memória e à verdade – fatores necessários às pretendidas democratização e reconstrução nacional.

Uma violação em massa destes direitos e liberdades mais básicos está associada a práticas institucionalizadas, ou ao menos, respaldadas ou deliberadamente ignoradas pelo aparato estatal. Como se verá adiante nas fases pelas quais transitou esta espécie de justiça, sua aplicação se deu em relação a violações praticadas pelo Estado ou em situações nas quais se tornou omisso. É esta característica que dá razão de ser à sua própria nomenclatura, pois simboliza a mudança de um período de exceção para um pretendido governo democrático.

Assim, SRIRAM⁴ conceitua a justiça de transição como uma série de medidas políticas tomadas por determinado governo, que se insurge após um contexto nacional de conflito armado ou de regime autoritário. Estas medidas se baseiam nas idéias de responsabilização pelos abusos cometidos, estabilização política, reconstrução e democratização.

Esta justiça utilizada na mudança de um regime para outro – que, invariavelmente, vem carregada de significativas mudanças sociais –, utiliza diversos instrumentos de ordem prática e discursiva, com fins do estabelecimento de um novo Estado. Como características pretendidas por esta nova ordem, pode-se enumerar o estabelecimento de um Estado de Direito, o combate à impunidade e o fortalecimento de instituições democráticas.⁵

³ LEDERACH, John Paul. *Building peace: sustainable reconciliation in divided societies*. Washington DC: United States Institute of Peace, 1997, p. 29. No original: “Justice represents the search for individual and group rights, for social restructuring, and for restitution, but it is linked with peace, which underscores the need for interdependence, well-being, and security”.

⁴ SRIRAM, Chandra Lekha, Book Review: *Transitional Justice Comes of Age: Enduring Lessons and Challenges*. In: *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 23, No. 2, 2005; U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2005, p. 61.

⁵ MILLER, Zinaida. *Effects of invisibility: in search of the ‘economic’ in transitional justice*. In: *The International Journal of Transitional Justice*. Vol. 2. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 267.

Mais do que obter os ideais de justiça, verdade e reconciliação, a justiça de transição se presta a oferecer instrumentos que possibilitem a descrição e subsequente reconhecimento por parte dos cidadãos de um passado violento, onde a punição das violações de direitos ocorrida é, ao mesmo tempo, causa e consequência deste reconhecimento. A partir disto, faz-se possível o estabelecimento e a consolidação de um novo governo que não repita os abusos pretéritos como resultado das revelações alcançadas e, também, onde estas revelações levem à responsabilização dos culpados – uma coexistência e retroalimentação da verdade e justiça possíveis.

BASSIOUNI⁶, por sua vez, utiliza a expressão justiça ‘pós-conflito’ (*post-conflict justice*) para também definir o comprometimento com uma política internacional de paz, segurança e reconstrução nacional, bem como um movimento global de proteção dos direitos humanos.

Há outros termos para definir esta espécie de justiça, como “estratégias de combate à impunidade” (*strategies for combating impunity*), “consolidação da paz” (*peace building*) e “reconstrução pós-conflito” (*post-conflict reconstruction*), cuja diferença refere-se mais a natureza da evolução dos conceitos e suas ligações com instituições próprias do que representa alguma diferença substancial de cunho ideológico ou em seu significado.⁷

Afirma TEITEL⁸ que um estudo da genealogia da justiça de transição demonstra que há uma relação estreita entre o tipo de justiça buscado neste momento de transição e as condições políticas existentes. Assim, direciona-se o discurso de aplicação da justiça de transição para a preservação mínima de um Estado de Direito, que se identifica fundamentalmente com a manutenção da paz.

Os objetivos aos quais se propõe esta espécie de justiça apresentam alguns termos que necessitam de um breve esclarecimento de seu emprego aqui realizado, as expressões *reconciliação*, *Estado de Direito* e *democratização*.

⁶ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity: the importance of guiding principles on post-conflict justice*. *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*. International Human Rights Law Institute, 2007, p. 15 e ss.

⁷ *Loc. cit.*

⁸ TEITEL, Ruti. *Op. cit.*, p.69.

MALLINDER⁹ afirma que, mesmo que haja uma coesão acerca dos objetivos da justiça de transição, o meio para realizá-los pode ser fonte de questionamentos. Ao fazer tal assertiva, aponta que os próprios termos freqüentemente utilizados trariam indefinição, como o exemplo das expressões: reconciliação, Estado de Direito e democratização.

Inicialmente, faz-se necessária a definição do que seria um conceito geral de reconciliação, no contexto da justiça de transição, pois seu emprego gera algumas incompreensões, ou dúvidas acerca do significado.

Reconciliação traz a ideia da composição entre divergentes, de estreitamento de laços após o enfraquecimento de uma relação, de restabelecimento da confiança. De acordo com NAGY¹⁰, ela pode ser mais bem compreendida se considerada mais um processo do que como um objetivo, em si, uma vez que mesmo nas democracias mais avançadas sempre permanecem diferenças a serem resolvidas.

A reconciliação, no sentido mais específico, de sua ocorrência no momento pós-conflito, portanto, pode ser entendida como a existência perene de mecanismos que se prestem a compor as diferenças existentes nas sociedades, estando intimamente ligada ao conhecimento da verdade. Apenas a partir do reconhecimento dos erros cometidos que a reconciliação se torna possível, levando a um novo começo, onde vigora a intolerância da repetição destes mesmos erros.¹¹ Portanto, como objetivo da justiça de transição, a partir da efetivação dos mecanismos desta, é que a reconciliação surge, ela é reflexo de seu acerto, de seu êxito.

O conceito de Estado de Direito, em seu sentido original, representa uma estrutura onde o poder exercido sobre determinado território necessita do Direito para que os elementos que o compõem possam ser implementados.

A existência de um Estado de Direito, atualmente, é algo que não se desvincula do caráter democrático atribuído aos governos, não havendo lugar para um Estado de Direito que não seja baseado na democracia. Assim sendo, suas próprias definições já adquirem este caráter de forma tácita. Ele é um conceito que

⁹ MALLINDER, Louise. *Global comparison of amnesty laws*. In: *European initiative for democracy and human rights: promoting justice and the rule of law*. The International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences, 2003, p. 5.

¹⁰ NAGY, Rosemary. *A preliminary examination of the relationship between transitional justice and the neoliberal discourse*. Annual meeting of the Canadian Political Science Association. Ottawa, ON, 2009, p. 4. Disponível em: <<http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2010/Hoogenboom.pdf>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2011.

¹¹ LEDERACH, John Paul. *Op. cit.*, p. 29.

se apresenta na maioria das Constituições, sendo uma espécie de princípio fundamental.¹²

A democratização consiste em fazer com que um regime politicamente repressor e violador das garantias fundamentais adote como princípio básico e como forma de governo a democracia. Este termo tem significado tão amplo na ciência política, que qualquer definição corre o risco de ser imprecisa, ainda mais por se tratar de uma forma de governo que admite espécies distintas.

Contudo, buscando uma conceituação, com base na moderna democracia ocidental, pode-se entender a democracia como uma forma de governo que tem por uma de suas bases a soberania popular, que é a fonte de todo poder legítimo, traduzido através da vontade geral.

Desta forma, a define BOBBIO¹³ como um dos modos com o qual se pode exercer o poder político, mais especificamente, a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo.

BONAVIDES¹⁴ destaca os elementos que compõem um governo democrático, fundado na soberania popular:

o sufrágio universal, com pluralidade de candidatos e partidos; a observância constitucional do princípio da distinção de poderes, com separação nítida no regime presidencial e aproximação ou colaboração mais estreita no regime parlamentar; a igualdade de todos perante a lei; a manifesta adesão ao princípio da fraternidade social; a representação como base das instituições políticas; a limitação de prerrogativas dos governantes; o Estado de direito, com a prática e proteção das liberdades públicas por parte do Estado e da ordem jurídica, abrangendo todas as manifestações de pensamento livre: liberdade de opinião, de reunião, de associação e de fé religiosa; a temporariedade dos mandatos eletivos e, por fim, a existência plenamente garantida das minorias políticas, com direitos e possibilidades de representação, bem como das minorias nacionais, onde estas porventura existirem.

São esses, em síntese, os elementos que compõem um governo democrático, tão ovacionado nas sociedades ocidentais modernas e buscado ao redor do mundo, que adquire significação especial em situações de instabilidade política, de transição e de reconstrução pós-conflito.

A justiça de transição, portanto, estaria baseada na compreensão de que a estabilidade nacional e o estabelecimento de um governo democrático em uma realidade de conflitos pretéritos estão ligados de maneira indissociável ao

¹² MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 32.

¹³ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 135.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 354.

comprometimento com a justiça, com a consecução do Estado de Direito, com a proteção aos direitos e, de maneira singular, com a *responsabilização dos culpados*.

Assim, pode-se compreender o significado e conceito gerais da justiça de transição ou justiça pós-conflito. Ainda neste primeiro capítulo, ela será dividida em fases, sistematizadas inicialmente por Ruti Teitel, a partir definição de determinados espaços temporais de sua realização que reúnem características comuns, traduzindo-se em sua primeira, segunda e terceira fases – que se relacionam a acontecimentos na comunidade internacional.

1.1. Fases da justiça de transição

A maior parte da doutrina internacional define como marco inicial do desenvolvimento da justiça de transição o período do pós Segunda Guerra Mundial, que não por acaso, coincidiu com o desenvolvimento da proteção internacional dos direitos humanos.¹⁵

BASSIOUNI¹⁶ determina a existência da justiça pós-conflito também no contexto pós-1945, dentro de uma estrutura de aplicação da justiça criminal internacional, que começou a partir dos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio, com a persecução dos crimes cometidos, em um processo que culminou, atualmente, na criação do Tribunal Penal Internacional. Segundo dados do próprio autor, de 1945 até 2008 pode-se contabilizar a ocorrência de 313 conflitos e estimativa que de tenha havido entre 92 e 101 milhões de pessoas mortas como resultado dos mesmos. Além disto, há um incalculável número de pessoas atingidas, que sofreram ofensas físicas, psicológicas e materiais.

Para TEITEL¹⁷, o desenvolvimento desta área do Direito Internacional – que, apesar de apresentar traços no período da Primeira Guerra Mundial, foi substancialmente iniciado a partir de 1945 –, pode ser dividido em três momentos históricos distintos, em três fases, ligados às variações políticas ocorridas.

¹⁵ MILLER, Zinaida. *Op. cit.*, p. 269.

¹⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. Introduction, In: *The pursuit of International Criminal Justice: a world study on conflicts, victimization, and post-conflict justice*. Volume 1. BASSIOUNI, M. Cherif. (ed.). Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2010. p. xiii.

¹⁷ TEITEL, Ruti. *The law and justice of contemporary transitional justice*. In: *Cornell International Law Journal*. Vol. 38. Buffalo: William S. Hein, 2005, p. 838.

1.1.1. Primeira fase

À primeira fase da justiça de transição pode ser conferido o marco inicial do pós Segunda Guerra Mundial, sendo caracterizada por um forte internacionalismo e cooperação entre os Estados, o que, segundo TEITEL, foi produto de condições políticas *sui generis* que não se repetirão. Esta fase teria deixado o legado da criminalização das condutas violatórias dos direitos humanos, consistindo na base do Direito Internacional sobre o tema.¹⁸

O período pós Primeira Guerra Mundial não foi tão significativo no que diz respeito ao surgimento de uma justiça penal internacional, mas trouxe alguns sinais que expressaram repúdio pelos excessos cometidos. Em declaração realizada em 28 de maio de 1928, Grã-Bretanha, França e União Soviética, em razão do massacre dos armênios provocado pelo Império Turco-Otomano, afirmaram a necessidade de responsabilização pelas mais de 600.000 mortes. Tais atos foram classificados por estes países como crimes contra a humanidade, pelos quais deveriam responder os membros do governo turco envolvidos.¹⁹

JAPIASSÚ²⁰ também esclarece que houve a criação, em 1919, da *Commission on the Responsibilities of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties for Violations of the Law and Costume of War*, que era responsável pela investigação das circunstâncias referentes ao massacre armênio, recomendando, ao final de seus trabalhos, o julgamento dos militares responsáveis. Houve, todavia, argumentação do governo norte-americano no sentido de que não havia previsão internacional destes crimes, o que impediu que os julgamentos se realizassem.

O Tratado de Sèvres (armistício celebrado com a Turquia) previu o julgamento dos crimes praticados durante a guerra, ocorridos no território turco, que seria realizado por um tribunal criado pelos aliados ou pela Sociedade das Nações. Este tratado nunca foi ratificado e o que o substituiu, o Tratado de Lausanne, anistiou os responsáveis pelo massacre.

¹⁸ *Loc. cit.*

¹⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 39.

²⁰ *Loc. cit.*

Também o tribunal para a perseguição dos crimes praticados pelos alemães previsto no Tratado de Versalhes nunca foi criado, e apesar de ter sido determinado que fosse o Kaiser Guilherme II processado criminalmente, este refugiou-se na Holanda, que recusou-se a extraditá-lo, pois defendia a posição de ser um acusado por crime político.

Em 18 de dezembro de 1919 uma lei alemã concedeu à Corte Suprema do país competência excepcional para julgar os nacionais alemães pelos crimes cometidos durante a guerra. Contudo, entre iniciais milhares de acusados, apenas 21 foram julgados, resultando em 13 condenações, às quais a maior pena atribuída foi de 3 anos.²¹

Apesar disso, alguns traços da justiça de transição podem ser identificados no período entre guerras, que teve como uma de suas questões centrais de realização da justiça a definição do conceito de agressão e sua punição pela comunidade internacional.²²

A agressão, na realidade, não possui uma definição exata ou exaustiva, mas pode ser considerada como o ato de dar início a um conflito armado injustificado. Foi ela uma categoria de crime contra a paz julgada pelo Tribunal de Nuremberg, mas já estabelecida em tratados anteriores a 1945.²³

Como aponta JAPIASSÚ²⁴, o Protocolo de Genebra de 2 de outubro de 1924 qualificou, pela primeira vez, a guerra de agressão como crime internacional, sendo seguida, neste sentido, pela Declaração aprovada pela Assembleia da Liga das Nações, em 27 de setembro de 1927.

Assim, neste período entre guerras, formularam-se o debate sobre como punir a Alemanha pela agressão cometida e que tipo de justiça aplicar, se internacional ou nacional, coletiva ou individual.²⁵ No pós Segunda Guerra Mundial, entretanto, esta questão se define com a preponderância da justiça internacional sobre a nacional, formando-se o internacionalismo anteriormente mencionado como característica da primeira fase da justiça de transição.

²¹ Sobre o tema, ver ARAUJO JR., João Marcello. *Tribunal penal internacional permanente, instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais (processo legislativo histórico e características)*. Parecer apresentado ao Instituto dos Advogados Brasileiros, indicação nº 036/98, 1999.

²² TEITEL, Ruti. *Transitional justice genealogy...*, p.72.

²³ CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 111-112.

²⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Op. cit.*, p. 42.

²⁵ TEITEL, Ruti. *Transitional justice genealogy...*, p.72.

A Segunda Guerra Mundial surge, muito significativamente, como consequência das medidas adotadas pelas grandes potências vencedoras – Estados Unidos, Grã-Bretanha, França e Itália –, com o fim da Primeira Guerra, mais especificamente, com as disposições presentes no Tratado de Versalhes.²⁶

À Alemanha, derrotada, foram impostas as duras cláusulas do referido tratado, posto que havia a necessidade de controlar uma nação que sozinha quase havia derrubado as forças da coalizão aliada. A isso somou-se a situação econômica da população alemã, onde a miséria e o desemprego ascenderam, criando um espaço profícuo ao surgimento da doutrina nacional-socialista.²⁷

Estabeleceu-se, portanto, o regime totalitário, com o incêndio do *Reichstag*, dando início à perseguição aos comunistas e aos judeus, tendo sido, mais tarde, proclamadas as leis raciais, em 1935, e, posteriormente, em 1938, a Noite dos Cristais (*Kristallnacht*), onde milhares de vitrines de lojas judaicas foram quebradas, sinagogas incendiadas e 20 mil judeus levados aos campos de concentração. Assim, a chamada “questão judaica” foi resolvida inicialmente com a expulsão dos judeus, posteriormente com sua transferência para os campos de concentração e, por fim, com a solução final²⁸, o seu extermínio.²⁹

Para HOBBSAWM³⁰, foi a maior violação de direitos humanos em escala internacional já vista, sendo as mortes diretamente causadas estimadas entre três e quatro vezes maiores do que as ocorridas durante a Primeira Guerra. Para o autor, mesmo estimativas aproximadas são impossíveis, uma vez que se matou tanto civis quanto militares e, em grande parte, em locais ou momentos onde não havia quem pudesse ou quem se importasse em contar.

As baixas soviéticas foram estimadas em vários momentos, mesmo oficialmente, em 7 milhões, 11 milhões, ou na faixa dos 29 ou mesmo 30 milhões. De qualquer modo, que significa exatidão estatística com ordens de grandeza tão astronômicas? Seria menos o horror do holocausto se os historiadores concluíssem que exterminou não 6 milhões (estimativa original por cima, e quase certamente exagerada), mas 5 ou

²⁶ De acordo com Eric Hobsbawn, a denominação “Tratado de Versalhes” é imprecisa, pois se refere apenas à paz celebrada com a Alemanha. Outros parques e castelos reais na vizinhança parisiense deram nome aos outros tratados, como o de Saint-Germain com a Áustria; o de Trianon com a Hungria; o de Sèvres com a Turquia e o de Neuilly com a Bulgária. Sobre o tema, HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. Rev. Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

²⁷ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 70-71.

²⁸ Em alemão, a *endlösung*, comunicada pelo partido nazista na Conferência de *Staatssekretäre*, em janeiro de 1942. Sobre o tema, ver ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

²⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Op. cit.*, p. 70-71.

³⁰ HOBBSAWM, Eric. *Op. cit.*, p. 50.

mesmo 4 milhões? E se os novecentos dias de sítio alemão a Leningrado (1941-4) mataram um milhão ou apenas três quartos ou meio milhão de fome e exaustão?³¹

Assim, o extermínio provocado pelo regime nazista, além das não menos brutais práticas realizadas pelo Japão no Pacífico, motivaram, com o fim da guerra, a criação dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, definida por BASSIOUNI³² como o surgimento de uma justiça penal internacional.

Para NINO³³, ocorreu uma violação de direitos sem precedentes, com o enfrentamento um poder autoritário determinado a expandir seus territórios, impondo uma doutrina explícita de superioridade racial, que levou aos campos de concentração e à morte milhões de pessoas. Uma violação tão acintosa e tão amplamente disseminada tornou moralmente impossível à comunidade internacional – mais especificamente, aos aliados – deixar de punir figuras como Hitler, Goebbels³⁴, Goering³⁵, Himmler³⁶, Mussolini e Eichmann³⁷.

Apesar de haver um consenso de que os culpados pelas atrocidades cometidas deveriam ser responsabilizados, ainda que de forma retroativa, não houve, inicialmente, um acordo em relação à forma pela qual isso ocorreria.

Churchill posicionou a Inglaterra no sentido de promover execuções sumárias dos criminosos principais, nos casos em que a culpa fosse tão pronunciada que dispensasse a existência de um processo criminal. Entretanto, anteriormente, com a Declaração que se seguiu à Conferência de Moscou, em 1º de novembro de 1943, Estados Unidos, Grã-Bretanha e União Soviética acordaram que eles só seriam punidos por decisão tomada em conjunto pelos três países.³⁸ Criou-se a *United Nations War Crimes Commission*, em 20 de outubro do mesmo ano, para investigar os possíveis crimes que estivessem ocorrendo no conflito mundial.³⁹

Assim, mais tarde, reafirmado o desejo de persecução das violações cometidas, preparou-se um projeto definindo a criação de um tribunal para punir os crimes de guerra (*Draft Convention for the Establishment of a United Nations War Crimes Court*), que se baseou amplamente no tratado da Liga das Nações, de 1937

³¹ *Loc. cit.*

³² BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction*. In: *The pursuit...* p. xiii.

³³ NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto*. 1ª ed. Buenos Aires: Ariel, 2006. p. 45.

³⁴ Ministro do Povo, Alegria e da Propaganda da Alemanha nazista.

³⁵ Marechal do Reich, comandante da Luftwaffe e segundo homem mais importante na hierarquia do Terceiro Reich.

³⁶ Comandante da *Schutzstaffel* (SS), organização paramilitar ligada ao partido nazista.

³⁷ Tenente-coronel da SS responsável pela logística de extermínio de milhões de judeus, a solução final, organizando a identificação e o transporte das pessoas para os campos de concentração.

³⁸ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 45.

³⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional...*, p. 48.

e também inspirado pelo trabalho realizado por um órgão oficial, nos primeiros anos de guerra, o *London International Assembly*.⁴⁰

Na Conferência das Nações Unidas realizada em 1945, na cidade de São Francisco, foi reafirmada a posição em relação à realização dos julgamentos, em que se pese o fato de uma série de ex-oficiais nazistas terem cometido suicídio.⁴¹

Em 08 de agosto de 1945, os aliados firmaram o Acordo de Londres (*International Agreement for the Prosecution of European Axis War Criminals*), prevendo as regras do processo de julgamento para Nuremberg. O tratado foi respeitado por mais outros 19 países, que apesar de não terem participado ativamente das atividades do Tribunal ou da negociação de suas normas, expressaram seu apoio à realização.⁴²

De toda forma, os julgamentos tiveram sua criação efetivada pelo Departamento de Guerra dos Estados Unidos, sendo nomeado para realizar as acusações Robert H. Jackson, juiz da Suprema Corte Americana. Foram designados oito juízes para o Tribunal de Nuremberg, dois de cada uma das quatro grandes potências, um com direito a voto e um suplente. O local escolhido tinha uma grande carga simbólica, posto ter ocorrido em Nuremberg a aprovação, em 1935, das leis anti-semitas.⁴³

Em 20 de novembro de 1945 iniciou-se o primeiro julgamento do Tribunal Militar Internacional, mais conhecido como o já referido Tribunal de Nuremberg. Ele era um tribunal militar, mas que não se restringiu aos crimes de guerra (*war crimes*), julgando também os crimes de “conspiração” (*common plan or conspiracy*), contra a paz (*crimes against peace*), crimes de guerra (*war crimes*) e crimes contra a humanidade (*crimes against humanity*) praticados durante o regime.⁴⁴

Ressalte-se que a *conspiracy* não possuía equivalência nos tipos penais presente no direito continental europeu, sendo uma construção anglo-americana. Como definido por JAPIASSÚ⁴⁵, pode ser entendido como “um acordo de vontades

⁴⁰ SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Second edition. Cambridge: University Press, 2004, p. 6.

⁴¹ Este é o caso dos principais líderes do regime nazista, os já mencionados Goebbels, Himmler e, é claro, Hitler.

⁴² SCHABAS, William A. *Op. cit.*... p. 5.

⁴³ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 46.

⁴⁴ CELETTI, Cristina. *Os precedentes do tribunal penal internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira*. In: *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3986>>. Acesso em: 05 de abril de 2009.

⁴⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional...*, p. 53-54.

para um plano criminoso preconcebido”, neste caso, relacionado aos outros crimes descritos e seria uma figura similar à participação no concurso de pessoas. Todavia, em Nuremberg, poderia existir como crime autônomo, assemelhando-se com a figura brasileira da quadrilha ou bando.

Assim, de forma mais específica, a acusação foi dividida em quatro espécies: a mencionada “conspiração”; a cumplicidade para o início de uma guerra de agressão ou de uma guerra em desacordo com as normas de tratados internacionais sobre o tema e o planejamento, a preparação ou a deflagração para uma guerra nos termos anteriores; o cometimento de crimes de guerra, ou seja, de crimes contrários às disposições legais ou aos costumes internacionais no que diz respeito à guerra, como maus tratos, escravização, deportação de populações civis ou prisioneiros de guerra e, por fim, a prática de crimes contra a humanidade, como o extermínio de pessoas, escravização ou outros atos desumanos praticados contra a população civil durante a guerra e também perseguição política, religiosa ou racial cometidas em conexão com estes crimes – ainda que não haja previsão na lei nacional.⁴⁶

As acusações não referiam apenas ao planejamento, ordenação e deflagração das citadas práticas: referiam-se também a toda espécie de participação, punindo os integrantes dos regimes em questão. Para ser possível o julgamento nestas hipóteses, recorreu-se ao desenvolvimento de uma teoria sobre a

⁴⁶ *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. II. Competencias e principios generales. Artículo 6:*

Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal:

(a) CRIMENES CONTRA LA PAZ: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados;

(b) CRIMENES DE GUERRA: A saber, violaciones de las leyes o usos de La guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes;

(c) CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan.

Legislação retirada do sítio eletrônico da *Universidad del País Vasco (Euskal Herriko Unibertsitatea)*, disponível em: <<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>>

extensão da responsabilidade decorrente do fato de pertencer o indivíduo a uma organização que adotasse práticas criminosas.

Todavia, em respeito ao princípio da culpabilidade, os julgamentos de Nuremberg não consideraram apto a provocar uma sentença condenatória o simples fato de o indivíduo pertencer aos quadros do regime nazista. Além disso, seriam necessárias uma *conduta pessoal culpável do membro* e uma *identificação com os feitos da organização em questão*.⁴⁷

Assim surge o que seria definido como a *teoria do domínio da organização*, que assume a existência de um domínio exercido sobre o autor mediato sobre aquele que executa diretamente o fato, em razão de uma estrutura organizada de poder. A partir desta teoria, há uma transferência vertical de responsabilidade do autor direto para o autor mediato.⁴⁸

Nas palavras de Roxin,

serán también autores, y precisamente autores autores mediatos, los que dieron la orden de matar, porque controlaban la organización y tuvieron em el hecho incluso más responsabilidad que los ejecutores.⁴⁹

Desta forma, as organizações, ou centros de poder estruturados hierarquicamente regidos sob forte disciplina interna, sofreriam uma espécie de automatização, onde aqueles que executam as ordens se tornam meros instrumentos de seus chefes ou superiores. Há, portanto, alguns requisitos necessários para que a teoria do domínio da organização. Em primeiro lugar, deve se tratar de um aparato organizado de poder, dotado de uma rígida hierarquia; deve também haver uma patente fungibilidade do executor da ordem, ou seja, do autor imediato e, por fim, esta estrutura de poder deve ter se desligado do ordenamento jurídico, optando pela prática de crimes.⁵⁰

Como ressalta Figueiredo Dias, este último requisito, que se refere ao desligamento desta estrutura de poder do ordenamento jurídico, obviamente trata de

⁴⁷ AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Rev. Pablo Alfen e Fabio D'Ávila. Atual. Kai Ambos e Miguel Lamadrid. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 95.

⁴⁸ *Loc. cit.*

⁴⁹ ROXIN, Claus. *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*. In: *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; BORRALLO, Enrique Anarte (Eds). Huelva: Universidad de Huelva, 1999, p. 191.

⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Autoría e participación em el dominio de la criminalidad organizada: El "dominio de la organización"*. In: *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; BORRALLO, Enrique Anarte (Eds). Huelva: Universidad de Huelva, 1999, p. 103.

um ordenamento jurídico que esteja em conformidade com os princípios de um Estado de Direito.⁵¹

Assim sendo, ainda que no regime nazista, do ponto de vista puramente positivista, as práticas que seriam criminosas tenham sido permitidas pela legislação vigente, deve se considerar que houve o mencionado desligamento do ordenamento jurídico, posto que o Estado em questão violasse os princípios básicos de direito, atentando contra os direitos humanos e contra preceitos democráticos.

Nas palavras de Roxin, quem dá a ordem domina o sucesso. Quando Hitler ordena executar aqueles que considerava inimigos, trata-se de sua obra, não se podendo fugir à imputação. Por outro lado esta obra não é apenas sua. Assim, segundo o jurista, há a responsabilidade também do executor da ordem.⁵²

Estas foram questões enfrentadas pelos julgamentos do Tribunal de Nuremberg, que iniciou seus trabalhos a partir de 24 acusações contra os principais líderes do regime nazista⁵³, posto que algumas de suas maiores figuras, como Goebbles, Himmler e Hitler, já haviam cometido suicídio. Adolf Eichmann também não foi julgado pelo Tribunal de Nuremberg.⁵⁴ Algumas organizações também foram objeto dos julgamentos, para que posteriormente se pudesse punir os seus líderes.

As sentenças foram lidas em 1º de outubro de 1946. Foram doze condenações à pena de morte⁵⁵; três condenações à prisão perpétua⁵⁶; quatro condenações ao cumprimento de diferentes tempos de reclusão⁵⁷ e três absolvições⁵⁸ – estas com voto contrário do juiz da União Soviética. Um dos

⁵¹ *Loc. cit.*

⁵² ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 196.

⁵³ Hermann Goering; Rudolf Hess; Joachim Von Ribbentrop; Wilhelm Keitel; Ernst Kaltenbrunnen; Alfred Rosenberg; Hans Frank; Wilhelm Frick; Julius Streicher; Walther Funk; Fritz Sauckel; Alfred Jodl; Arthur Seyss-Inquart; Albert Speer; Konstantin von Neurath; Martin Bormann; Baldur von Shirach; Erich Raeder; Karl Doenitz; Hjalmar Schacht; Franz von Papen; Hanz Fritzche; Gustav Krupp e Robert Ley.

⁵⁴ Eichmann, com o fim da Segunda Guerra, foi capturado pelas tropas americanas, mas conseguiu escapar do campo de prisioneiros, em 1946. Foragido, viajou por alguns países sob identidades falsas, até estabelecer-se na Argentina, em 1950, como Ricardo Klement, para onde posteriormente trouxe sua família. Em 1960 agentes da Mossad (Serviço Secreto Israelita) o capturaram e levam para Jerusalém. Lá foi acusado pelo cometimento de 15 espécies de crime, entre eles, crimes contra a humanidade, contra o povo judeu e o de pertencer a uma organização criminosas. O processo iniciou-se em 11 de abril de 1961 e findou em 15 de dezembro de 1961, com a sua condenação à pena de morte. Foi enforcado em 1º de junho de 1962, tendo sido a única pena de morte concretizada em Israel, uma exceção à legislação israelense, que veda a execução da pena capital.

⁵⁵ Goering; Ribbentrop; Keitel; Kaltenbrunnen; Rosemberg; Frank; Frick; Streicher; Sauckel; Jodl; Seyss-Inquart e Bormann.

⁵⁶ Hess, Funk e Raeder.

⁵⁷ Speer; Neurath; Schirach e Doenitz.

⁵⁸ Schacht; Papen e Fritzche.

acusados, Robert Ley, cometeu suicídio durante o curso do julgamento, enforcando-se na prisão. Gustav Krupp sofreu um acidente circulatório, perdendo a razão.⁵⁹

Sob o amparo do Tribunal de Militar Internacional, realizou-se outros 12 julgamentos de oficiais de alta patente alemães, promovidos por tribunais norte-americanos, em Nuremberg. Entre dezembro de 1946 e abril de 1949, foram julgadas 177 pessoas, sendo 97 delas condenadas. A maioria dos julgamentos após 1945 envolveu oficiais de baixa patente e funcionários, sendo que entre eles foram julgados e condenados médicos famosos, pertencentes às Unidades Móveis de Extermínio (*Einsatzgruppen*), membros da administração da justiça e grandes industriais que se serviram do regime nazista.⁶⁰

Como é notável, as violações de direitos humanos decorrentes da Segunda Guerra Mundial não ficaram restritas ao continente europeu, mas se estenderam pelo oriente. Na conferência do Cairo, no dia 1 de dezembro de 1943, China, Estados Unidos e Grã-Bretanha decidiram por fim à guerra e punir os japoneses pelo crime de agressão.⁶¹

Em julho de 1945, na Declaração de Potsdam, estes países reclamaram pela aplicação da justiça em relação a todos os crimes de guerra, em especial em relação aos agentes que houvessem infligido tratamento degradante e maus tratos aos prisioneiros. Em dezembro do mesmo ano, foi criada a Comissão para o Extremo Oriente (*Far Eastern Commission*), que se tratava de um corpo político destinado a estabelecer uma política de ocupação para o Japão.⁶²

O Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente (*International Military Tribunal for the Far East*), conhecido como Tribunal de Tóquio, foi estabelecido em 19 de janeiro de 1946, possuindo um estatuto semelhante ao do Tribunal de Nuremberg e, como este, com jurisdição, basicamente, sobre os crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade.⁶³

Todavia, apesar de sua Carta de constituição ter sido baseada nas disposições atinentes ao Tribunal de Nuremberg, houve algumas diferenças entre

⁵⁹ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 49.

⁶⁰ UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. *War crimes trials*. In: *Holocaust Encyclopedia*. Disponível em: <<http://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005140>>. Acesso em: 02 de março de 2011.

⁶¹ BERNAZ, Nadia; PROUVÉZE, Rémy. *International and domestic prosecutions*. In: *The pursuit of International Criminal Justice: a world study on conflicts, victimization, and post-conflict justice*. Volume 1. BASSIOUNI, M. Cherif. (ed.). Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2010, p. 277-278.

⁶² *Loc. cit.*

⁶³ SCHABAS, William A. *An introduction...* p. 7.

eles. Em primeiro lugar, a criação do Tribunal de Tóquio não se deu por meio da realização de um tratado entre as potências, mas pela proclamação especial realizada pelo Comandante Supremo das forças aliadas, o General MacArthur, agindo oficialmente em nome da Comissão para o Extremo Oriente.⁶⁴

A composição do Tribunal de Tóquio, por sua vez, era mais diversificada do que a do Tribunal de Nuremberg. Enquanto que neste os juízes foram designados pelas quatro grandes potências – Estados Unidos, França, Reino Unido e União Soviética – o Tribunal para o Extremo Oriente era composto por juízes de onze países, como Índia, China e Filipinas.⁶⁵

De maneira contrária aos julgamentos de Nuremberg, os realizados pelo Tribunal de Tóquio abrangeram apenas indivíduos e não organizações criminais, apesar de haver uma previsão para tanto em sua Carta.⁶⁶ Foram processados apenas 28 principais líderes japoneses, em um universo de 80 prisioneiros de guerra, tendo a maioria deles ocupados altos cargos militares ou governamentais no Japão durante a Segunda Guerra Mundial.⁶⁷

A família imperial e, principalmente, o Imperador Hirohito, acredita-se terem sido beneficiados pela proteção do General MacArthur, que teria agido de tal forma, por receio que a persecução e punição do Imperador do Japão pudesse ameaçar as chances de paz no país pós-guerra.⁶⁸

O Imperador Hirohito assumiu o poder no Japão no ano de 1926, permanecendo Imperador até a sua morte, em 1989. Segundo a Constituição Meiji, de 1889, que serviu de fundamento à Constituição da monarquia japonesa, o Imperador possui poderes amplos executivos e legislativos, além de prerrogativas militares. Embora houvesse limitações a estes poderes e prerrogativas, o Imperador japonês possuía poderes muito mais amplos do que qualquer monarca britânico, por exemplo.⁶⁹

⁶⁴ BERNAZ, Nadia; PROUVÈZE, Rémy. *Op. cit.*, p. 277-278.

⁶⁵ SCHABAS, William A. *Op. cit.*, p. 7.

⁶⁶ *Article 5. Jurisdiction Over Persons and Offences. The Tribunal shall have the power to try and punish Far Eastern war criminals who as individuals or as members of organizations are charged with offences which include Crimes against Peace.* (IMTFE Charter. Disponível em: <http://www.vanderbilt.edu/goyaboy/hist250/assets/pdfs/imtfe.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2011).

⁶⁷ WANHONG, Zhang. *From Nuremberg to Tokyo: some reflections on the Tokyo Trial (On the sixtieth anniversary of the Nuremberg Trials)*. *Cardozo L. Rev.* Vol. 27:4 (2005-2006). Disponível em: <http://www.cardozolawreview.com/content/27-4/ZHANG.WEBSITE.pdf>>. Acesso em: 05 de maio de 2011, p. 1674.

⁶⁸ BERNAZ, Nadia; PROUVÈZE, Rémy. *Op. cit.*, p. 277-278.

⁶⁹ WANHONG, Zhang. *Op. cit.*, p. 1675.

O Japão lutou a Segunda Guerra Mundial em nome do Imperador Hirohito, que era “figura sagrada e inviolável”, a cabeça do Império, ciente das práticas do exército imperial durante a guerra. De toda forma, os promotores foram impedidos até mesmo de mencionar o nome do Imperador durante os julgamentos de Tóquio.⁷⁰

Do mesmo modo, os membros da Unidade 731⁷¹, em troca da divulgação do resultado de suas pesquisas para autoridades norte-americanas, escaparam do julgamento pelos crimes cometidos, posto que realizaram um série de experimentos com armas bacteriológicas em seres humanos.⁷² Também foram excluídos dos julgamentos os chefes da *Kempeitai* (polícia secreta japonesa), os líderes de sociedades secretas ultranacionalistas e os empresários que lucraram com a agressão.⁷³

A jurisdição do Tribunal de Tóquio incidiu sobre um período de tempo maior do que a do Tribunal de Nuremberg: enquanto que os julgamentos de Nuremberg se referiram aos fatos ocorridos depois de 1939, os de Tóquio abrangeram o período entre 1928 e a rendição do Japão, em 1945. Os julgamentos realizaram-se entre 03 de maio de 1946 e 16 de abril de 1948, no prédio que havia abrigado o Ministério da Guerra Japonês, por razões simbólicas. Após alguns meses de deliberação, os juízes do Tribunal de Tóquio deram seu veredicto, em 04 de novembro de 1948.⁷⁴

Diferentemente do que ocorreu nos Tribunal de Nuremberg, não houve absolvições em Tóquio⁷⁵; todos os acusados foram condenados, exceto três deles: dois porque morreram durante o julgamento e um que foi hospitalizado durante o julgamento e libertado em 1948. Seis réus foram condenados à morte e executados na prisão de Sugamo, em Tóquio, em 23 de dezembro de 1946. Os outros 19 foram condenados à prisão perpétua. Entretanto, entre estes, todos os que sobreviveram foram libertados condicionalmente a partir do ano de 1954.⁷⁶

Várias críticas foram feitas, mais comumente apresentadas como críticas ao Tribunal de Nuremberg, mas que, na realidade, são críticas que se aplicam a ambos

⁷⁰ *Loc. cit.*

⁷¹ Organização do exército japonês na China, que tinha como principal objeto de pesquisa as armas bacteriológicas, sendo seus experimentos realizados em seres humanos.

⁷² BERNAZ, Nadia; PROUVÉZE, Rémy. *Op. cit.*, p. 282.

⁷³ WANHONG, Zhang. *Op. cit.*, p. 1675.

⁷⁴ BERNAZ, Nadia; PROUVÉZE, Rémy. *Op. cit.*, p. 279.

⁷⁵ A exceção foi o juiz indiano Rahabinod M. Pal, que acolheu a tese da incompetência do Tribunal, por inexistência de relação jurídica entre os juízes estrangeiros e os acusados japoneses, além de declarar a violação do princípio da legalidade, absolvendo todos os réus.

⁷⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional...*, p. 62-66.

os tribunais estabelecidos para julgar os crimes cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, uma vez que possuíram as mesmas bases de fundamentação e criação.

Em primeiro lugar, fala-se que foi um tribunal de vencedores contra vencidos, o que de fato ocorreu. Foi o julgamento promovido pelas grandes potências que venceram a guerra e por elas decidido. Entretanto, em que se pese não ser a solução ideal, parece um avanço em relação à simples execução sumária dos vencidos – o que era defendido por alguns líderes destas potências e de seus aliados.

Como afirma JAPIASSÚ⁷⁷, em relação ao Tribunal de Tóquio esta crítica pode ser aplicada de maneira ainda mais incisiva: foi o mesmo subvencionado pelos Estados Unidos após a imposição de rendição ao Império japonês, tendo sido criado sob a determinação do Comandante Supremo, o General MacArthur, que tinha poderes de escolher os juízes e reduzir as penas, além do já mencionado poder de decidir sobre o julgamento ou não do Imperador.

Ainda, não cogitaram os tribunais o julgamento de crimes que tivessem sido praticados pelas Forças Aliadas. Isto se torna flagrante ao considerarem-se as bombas lançadas nas cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki causando milhares de vítimas fatais.

Uma importante questão levantada foi de fato e violação ou não da reserva legal. Aqui, portanto, neste primeiro momento da justiça de transição, surge a questão da aplicação do princípio da legalidade em âmbito internacional, a qual se fará algumas digressões gerais, que serão retomadas posteriormente e não estão adstritas a esta fase inicial da justiça de transição, uma vez que este princípio sempre se manifesta como um possível impedimento à responsabilização penal e argumento de validação das leis de anistia.

1.1.1.1. O princípio da legalidade e o direito penal internacional pós 1945

⁷⁷ *Loc. cit.*

A separação de poderes é um postulado do Estado de direito que não encontra similar no âmbito do direito penal internacional. As declarações internacionais sobre direitos humanos não estabeleciam a lei como única fonte do direito, portanto, até o advento do Estatuto de Roma, não haveria impedimentos para utilização dos costumes e princípios gerais de direito para a definição das normas penais internacionais.⁷⁸

O princípio da legalidade, atualmente, consiste em um princípio básico do direito penal internacional e de direito comparado, encontrando posituação no Estatuto do Tribunal Penal Internacional⁷⁹. O Estatuto de Roma, em seu artigo 22, consolida o princípio da legalidade, ao determinar a necessidade de existência de uma lei prévia para a configuração do delito, vedando a analogia *in malam partem* e estabelecendo o princípio do *in dubio pro reu* para as hipóteses de interpretação da lei penal.⁸⁰

Define, ainda, o artigo 24, que o Tribunal Penal Internacional só terá competência para julgar crimes cometidos após sua entrada em vigor e, de maneira expressa, prevê a retroatividade da lei penal mais benéfica. Ao se reconhecer o princípio da legalidade como norte da atuação do TPI, haveria uma aproximação com o direito romano germânico. Há, ainda, em seu artigo 5º, uma enumeração taxativa dos delitos de competência do TPI, sendo eles o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão.⁸¹

Ressalte-se, todavia, que o artigo 10 do mencionado Estatuto, ao definir os elementos referentes aos crimes por ele tipificados prevê que “nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento no direito internacional” e, ainda, no artigo 22 (3), que trata dos princípios gerais de direito penal que “o disposto no presente artigo não afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto”. Assim, parece ser

⁷⁸GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. *O Estatuto de Roma e o princípio da legalidade: os limites da imputação penal internacional*. Dissertação (Mestre. Área de concentração em Direito, Estado e Sociedade). Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador: Prof. Dr. Welber Oliveira Barral, 2006, p. 56.

⁷⁹ O Tribunal Penal Internacional é objeto de referência do item relativo à terceira fase da justiça de transição.

⁸⁰BOITEUX, Luciana. *Os princípios penais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional à luz do direito brasileiro*. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Coord.). *Direito penal internacional, estrangeiro e comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 95.

⁸¹*Loc. cit.*

dada a este princípio uma interpretação algo diferente da que ocorre nos ordenamentos jurídicos internos.

Neste sentido, JAPIASSÚ⁸² apresenta as três teorias sobre o princípio da legalidade no âmbito internacional. A primeira, sustentada por Bassiouni, diz não poder ele ser aplicado no âmbito internacional da mesma maneira em que é feito nos ordenamentos jurídicos internos. Os crimes contra a paz já teriam previsão em tratados internacionais, como nos Pactos de não-agressão Briand-Kellog e no Ribbentrop-Molotov. Os crimes de guerra e contra a humanidade já teriam sido tipificados no direito interno e nas Convenções de Haia e de Genebra, antes de 1945. Apesar de neles não haver a previsão da responsabilidade penal, haveria uma condenação moral de tais atos e a necessidade de ampliação do conceito de legalidade.

A segunda corrente afasta totalmente a aplicação do princípio a partir de um argumento técnico, tendo em vista que o direito penal internacional é fundamentalmente consuetudinário e esta aplicação tem como pressuposto um direito escrito. A terceira posição, sustentada por Ripollés também defende a inaplicabilidade do princípio, mas sob o argumento de que a proteção individual a que o mesmo se pretende perde o caráter liberal ao se converter em proteção do Estado. Todavia, esta inaplicabilidade só deveria se manter enquanto não surgisse uma codificação internacional.

Vale lembrar, por derradeiro, a peculiar posição assumida por KELSEN⁸³ em relação a esta questão. Para ele, os julgamentos de Nuremberg foram realmente baseados em leis posteriores aos fatos e que esta circunstância violaria o princípio da legalidade, que considera como um princípio geral de direito e moral. Contudo, invoca outro princípio geral de direito de que a ignorância da lei não escusa o agente de seu cumprimento. Evoca, ainda, um argumento de justiça, que seria a punição dos agentes do nacional-socialismo e que deve prevalecer sobre os demais.

KELSEN⁸⁴ analisa, ainda, se houve a real formação de um precedente judicial para o Direito Internacional. Para o jurista, o precedente deve ser considerado uma decisão judicial que tem como característica o papel formulador de uma nova regra

⁸² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional...* p. 152-153.

⁸³ KELSEN, Hans. *Will the judgment in Nuremberg Trial constitute a precedent international law?* In: *The International Law Quarterly*. Vol. 1, n. 2, Cambridge: Cambridge University Press, Summer 1947, p. 158-171.

⁸⁴ *Loc. cit.*

de direito, possuindo o caráter jurisprudencial e não decorrente de um órgão legislativo. Além disso, o precedente deve ter um caráter geral de aplicação do direito – o que permite a resolução de casos similares da mesma forma. O Tribunal de Nuremberg não consistiria em um precedente, pois não estabeleceu uma nova regra de direito, mas apenas reconheceu e aplicou regras jurídicas preexistentes, anteriormente previstas no Acordo de Londres.

De toda forma, pode-se dizer que esta etapa da justiça de transição teve como sua máxima expressão os julgamentos de Nuremberg e de Tóquio, desenvolvendo-se a partir de 1945, em condições específicas, que não se repetiram e que começaram a se alterar a partir dos anos 50, com a Guerra Fria. Teve, portanto, como características a cooperação entre os Estados, a aplicação de uma justiça internacional e o desenvolvimento do conceito de reconstrução nacional, aplicado à Alemanha de reduzida soberania no pós-guerra.

Os julgamentos de Nuremberg e de Tóquio foram as respostas utilizadas como alternativas às execuções sumárias, que encontravam voz na comunidade internacional, em um mundo ainda chocado pela execução em massa de judeus, comunistas, homossexuais, deficientes, entre outros. Em que se pesem as críticas apontadas e não afastando de todo sua razão, a criação dos referidos tribunais e a realização dos julgamentos foram uma evolução na consolidação do direito penal internacional, principalmente no que diz respeito a constituição da ideia de responsabilização penal internacional. Além disso, foram fixados os conceitos de crime contra a humanidade e reconhecido o crime de guerra de agressão.

Em resumo, este período, definido por Ruti Teitel como a primeira fase da justiça de transição, que legou a criminalização das condutas violatórias dos direitos humanos, consistindo na base do Direito Internacional sobre o tema. Representou, portanto, uma série de avanços em relação à persecução das mais graves violações dos direitos humanos, delineando a posição de pronta reprovação e – mais significativamente – de intolerância em relação às mesmas a partir da responsabilização individual.

1.1.2. Segunda fase

A segunda fase da justiça de transição associa-se à onda de mudanças políticas e de democratização que tomou forma no período pós Guerra Fria, com o colapso da União Soviética, atingindo o leste europeu após 1989. Também nas nações da África e América Central estas mudanças ocorreram no mesmo marco temporal. Já na América Latina foi a queda dos regimes militares estabelecidos, em grande parte, na década de 70, que possibilitou esta fase de democratização e reconstrução nacional.

De acordo com HOBBSAWM⁸⁵, muitos poucos países do Terceiro Mundo passaram o período a partir da segunda metade do século XX sem que deixasse de existir alguma revolução, golpe militar para impedir ou promover uma revolução, ou alguma outra forma de conflito interno. Havia, portanto, como característica comum entre esses países uma persistente instabilidade social e política.

Como aponta TEITEL⁸⁶, apesar de estes conflitos estarem representados de forma isolada, pode-se fazer uma conexão entre eles e suas transições políticas e a bipolaridade existente entre Estados Unidos e União Soviética, que apoiavam economicamente muitos deles.

Os Estados Unidos identificavam a instabilidade mundial com uma possível disseminação do comunismo soviético, que ameaçaria sua luta pela supremacia global. Assim, para o país em questão, o objetivo principal era combater este perigo, de todas as formas possíveis, inclusive dando apoio financeiro aos regimes locais nas nações do Terceiro Mundo.⁸⁷

Trazendo tal fato ao contexto latino-americano, nota-se que não eram guerrilheiros armados, mas políticos civis e exércitos que consistiram nas grandes forças de mudança política na América Latina a partir de 1960 com o estabelecimento de autocracias cívico-militares. Nas palavras de Hobsbawm:

A onda de regimes militares direitistas que começou a inundar grandes partes da América do Sul na década de 1960 – o governo militar jamais saíra de moda na América Central, com exceção do México revolucionário e da pequena Costa Rica, que na verdade aboliu seu exército após uma revolução em 1948 – não respondia, basicamente, a rebeldes armados.⁸⁸

Assim, pode-se citar alguns exemplos entre países da América Latina, que traduziram exatamente esta imagem apresentada e que não estão apenas próximos à realidade brasileira, posto que neles ela se insere.

⁸⁵ HOBBSAWM, ERIC. *Op. cit.*, p. 422.

⁸⁶ TEITEL, Ruti. *Transitional justice genealogy...*, p.75.

⁸⁷ HOBBSAWM, ERIC. *Op. cit.*, p. 422.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 429.

Na Argentina, derrubou-se o populismo de Juan Domingo Perón, cuja força política se baseava na mobilização das classes menos favorecidas e na organização dos trabalhadores, e que continuou retornando de forma intermitente ao poder, até o exílio de 1973, com a assunção ao poder de Isabel Perón e a posterior tomada do governo pelos militares em 24 de março de 1976.

A Junta Militar liderada pelo general Jorge Rafael Videla, do exército; Emilio Eduardo Massera, da marinha e Orlando Ramón Agosti, das forças aéreas tomou o controle do governo argentino, fixando o que considerava como seus propósitos e objetivos no processo de reconstrução nacional: assegurar a primazia do Estado (e a segurança nacional), promover a moralidade e a eficiência, erradicar a subversão e promover o desenvolvimento econômico.⁸⁹ Com isso, deu-se início a uma ditadura militar que revela um dos maiores números de mortos pelo regime em um menor espaço de tempo, sete anos, um verdadeiro extermínio da oposição política.

No Brasil, as Forças Armadas tomaram o poder em 1964, também de maneira semelhante, em resposta ao às propostas de democratização e reforma agrária do governo, aliadas a um certo ceticismo em relação à política norte-americana. As tentativas infrutíferas de guerrilha não representaram uma ameaça concreta ao regime, mas funcionaram como uma desculpa para a brutalidade utilizada na repressão.

O Chile unificava forças políticas socialistas, comunistas e outras mais, de caráter progressista. Seu líder, o socialista Salvador Allende, foi eleito em 1970 e deposto pelo golpe militar de 11 de setembro de 1973, fortemente financiado e até mesmo organizado pelos Estados Unidos.

Assim, o golpe teve substancial apoio do governo e das Forças Armadas dos EUA e foi precedido de greves nos setores fundamentais, subsidiadas por este país, o que acabou por levar o Chile a uma situação de caos, culminando no golpe militar. Por 17 anos, permaneceu no poder o general Augusto Pinochet, aliando o autoritarismo e a repressão política a uma política econômica ultraliberal.⁹⁰

No Peru, o antagonismo entre a Aliança Popular Revolucionária Americana e a coalizão formada entre as elites e os militares definiram a política local nas últimas décadas do século XX. Em 1968, as Forças Armadas, lideradas pelo general Juan

⁸⁹ WAISMAN, Carlos H. *Reversal of development in Argentina: postwar counterrevolutionary policies and their structural consequences*. Princeton: Princeton University Press, 1987.

⁹⁰ CAMUS, Ignacio González. *El día en que murió Allende*. Santiago: Ediciones ChileAmérica, 2007, p. 105.

Velasco Alvarado depuseram o então presidente Fernando Belaúnde, em razão de um escândalo no convênio realizado por com a empresa petrolífera *International Petroleum Company*, contando com o apoio da esquerda peruana e do partido comunista e estabelecendo o Governo Revolucionário das Forças Armadas. O governo nacionalizou jazidas de petróleo e outros setores da economia, investindo fortemente na educação, promovendo programas de reforma agrária e industrialização para substituir as importações. O general Velasco foi deposto por forças militares conservadoras.⁹¹

Em 1985 foi eleito Alan García, que instituiu no país uma política neoliberal. Neste momento, várias forças insurgiram-se no Peru, sendo a mais conhecida delas a organização chamada de *Sendero Luminoso*. Nas eleições de 1990, Alberto Fujimori derrotou Alan García e Mario Vargas Llosa. Fujimori revelou um estilo de governo duro e ditatorial, utilizando o exército para esmagar o *Sendero Luminoso*. Para se manter no poder, fechou o Congresso, interferiu no judiciário e ampliou seu segundo mandato. O elevado grau de corrupção e arbitrariedade acabaram por derrocar seu governo.⁹²

Honduras, como vários países latino-americanos, foi palco de grande instabilidade política. Em outubro de 1963 o presidente Ramón Villeda foi deposto por um golpe militar liderado pelo coronel Osvaldo López Arellano. Durante o governo de López, ocorreu uma guerra entre Honduras e El Salvador por questões migratórias e uma disputa sobre o traçado das fronteiras. López Arellano governou o país até 1971, com um gabinete composto por militares.⁹³

Ramón Ernesto Cruz assumiu o governo de Honduras, sendo deposto no ano seguinte, mais uma vez um golpe militar liderado por López Arellano, em um regime que perdurou até 1975. López Arellano, após um escândalo de suborno envolvendo uma empresa americana, deixa o governo hondurenho. Neste mesmo ano, assume a Presidência o coronel Juan Alberto Melgar Castro, por decisão do Conselho Superior das Forças Armadas.

Todavia, um novo golpe militar eclode em Honduras, o coronel Melgar é derrubado por um golpe militar. Uma junta militar formada por Policarpo Paz García,

⁹¹ WALLERSTAIN, Immanuel. *A vitória de Humala no Peru: derrota da América*. Disponível em: <<http://www.desenvolvimentistas.com.br/blog/blog/2011/07/18/vitoria-de-humala-peru-derrota-da-america/>>. Acesso em 18 de julho de 2011.

⁹² Fujimori fugiu para o Japão e, mais tarde, para o Chile, sendo de lá extraditado para o Peru. Foi julgado por seus crimes por um tribunal peruano e condenado a uma longa pena de prisão.

⁹³ HARDY, Francisco. *O pavio curto da América Central*. Rio de Janeiro: Codecri, 1984, p. 55.

Domingo Álvarez Cruz e Amílcar Zelaya Rodríguez governa Honduras até 1980. Policarpo Paz García assume a presidência até 1982, depois de ser eleito pelos partidos políticos no Congresso. Em 1981, o candidato centrista, Roberto Suazo Córdova, do Partido Liberal de Honduras, é eleito presidente pelo voto popular, iniciando o primeiro governo civil em mais de um século.

Esses são alguns dos exemplos na América Latina. Sempre que um governo ensaiava reformas de base, mudando estruturas conservadoras, apostando em questões como a reforma agrária ou a nacionalização de empresas, manifestando tendências esquerdistas, instaurava-se o regime militar, promovido por golpes de estado, mas não desprovido, por sua vez, de apoio civil.

A repressão da oposição política era elevada aos mais altos patamares, podendo-se citar como exemplo de seus métodos as prisões ilegais de opositores, a criação de centenas de centros de detenção clandestinos, muitas vezes alocados em recintos policiais e militares, a prática ininterrupta de seqüestros, torturas, detenções ilegais e execuções arbitrárias.

Assim, em uma dimensão latino-americana, nesta tomada da região por sucessivas lideranças militares, que adotavam de igual forma - e invariavelmente - as medidas acima descritas, os governos atuavam com truculência, contra as manifestações de oposição, no ápice da opressão.

Neste contexto, surge uma integração entre os regimes ditatoriais da América Latina, consistindo na troca de informações sobre os indivíduos tidos como subversivos, suas atividades e localização, sua captura e prática de atentados em outros países e a troca de presos políticos, o que se denominou *Operação Condor*.

A interferência de exércitos dentro de outros países acontecia com impressionante facilidade, fato passível de ocorrência apenas ao se considerar a anuência das altas esferas de poder. Destacada, ainda, era a participação da CIA nas atividades de perseguição, em uma clara intervenção norte-americana.⁹⁴

As referidas ditaduras militares também tiveram em comum, na sua maioria, o modo pelo qual foram se enfraquecendo e como se deu a transição para os regimes democráticos. A perda do apoio internacional – pois se passou a condenar a

⁹⁴ PLÁCIDO, Délson. *Operação Condor: uma articulação multinacional do terror das ditaduras militares no Cone Sul das Américas*. Jornal Inverta. Ed. 423, 27 de janeiro de 2009. Sobre o tema, *Condor*, documentário com direção e roteiro de Roberto Mader, Brasil, 2007 – Focus Filmes e Taba Filmes.

característica antidemocrática dos regimes – e a intensificação das manifestações populares fez com que tais regimes não conseguissem mais se sustentar.

Com a sua queda, iniciou-se um processo de reconstrução democrática, que só seria possível, segundo os novos governos, por meio da pacificação nacional, perdoadando os crimes políticos ocorridos no período. Neste contexto que se insere a segunda fase da justiça de transição.

Desta maneira, em oposição ao internacionalismo notado na primeira fase, este momento caracterizou-se pela democratização, modernização e reconstrução nacional, considerando-se uma diversidade das condições locais e a variação das características políticas de cada nação.⁹⁵

HUNTINGTON⁹⁶ descreve o processo de disseminação do regime democrático representativo em ondas, a partir de um estudo dos países que romperam com o autoritarismo. Este momento histórico ao qual se refere a segunda fase da justiça de transição abrange o que ele chama de *third wave*, a terceira onda de democratização, que ocorre a partir de 1970. Em 1973, para 122 Estados nacionais, havia apenas 39 democracias (24,6 %), em 1990 esse percentual aumentou para 45 %.⁹⁷

Para o autor, as principais causas da terceira onda são os problemas de legitimidade do autoritarismo, em razão da aceitação dos valores democráticos; o crescimento econômico posterior a 1960; a mudança de posição da Igreja Católica, que deixou de ser suporte a diversos regimes autoritários em vários países; a influência da Comunidade Europeia e dos Estados Unidos na promoção dos direitos humanos e a difusão ampla e instantânea na comunidade internacional da adesão de um país à democracia.

Também defende Huntington que a forma como se dá o abandono do sistema autoritário traz implicações na consolidação de seu processo. Assim, alguns elementos seriam fundamentais para o sucesso da democratização. A atitude diante da tortura, que pode ser a de punição ou a de esquecimento, sendo que esta última

⁹⁵ TEITEL, Ruti. *The law and justice of...*, p. 839-840.

⁹⁶ HUNTINGTON, Samuel. *The third wave. Democratization in the late twentieth century*. University of Oklahoma Press, 1991, p. 92.

⁹⁷ A primeira onda abrange de 1828 a 1926 (de 64 nações independentes, 24 eram democráticas, equivalentes a 45,3%), seguindo-se a brutal reversão ocorrida entre 1922 e 1942 (nesse último ano, as nações independentes haviam se reduzido a 61, e apenas 12; 19,7% preservavam sistema democrático). A segunda onda de democratização transcorreu entre 1943 e 1962. Devido à derrocada dos sistemas coloniais, em 1962 o número de estados ascendia a 111, elevando-se as nações democráticas a 36, isto é, 32,4%.

deixaria a nação presa ao passado e com o sentimento de impotência em relação aos problemas futuros; a eventual capacidade que sobreviva dos militares de se oporem às reformas também é um obstáculo à democratização; de maneira igual, a intensidade dos problemas conjunturais poderia levar o país a um saudosismo do regime autoritário. Seriam necessários, ainda, uma tradição cultural que apóie a consolidação da democracia e o aperfeiçoamento e institucionalização de um sistema político-eleitoral com bases democráticas.

Em conjugação com estes fatores e mesmo a partir de uma compreensão total sobre eles, a partir das transições políticas ocorridas na década de 1980, a questão do regime sucessor era saber em que medida poder-se-ia aderir ao modelo da primeira fase da justiça de transição. Como no caso das novas democracias emergentes na América do Sul, após o colapso da repressão militar, não ficou claro se os julgamentos dos líderes como em Nuremberg poderia ser seguido com sucesso.

Embora teoricamente houvesse essa possibilidade de retorno à primeira fase, a justiça de transição que surge baseia-se, precipuamente, na reconstrução nacional. Enquanto que se entendia anteriormente a existência de um Estado de Direito no qual a realização de justiça no contexto das violações de direitos seria alcançada por meio da responsabilização penal, a segunda fase tende a flexibilizar esses conceitos, considerando as condições políticas locais.⁹⁸

Segundo TEITEL⁹⁹, experimentou-se uma etapa de direcionamento da justiça de transição para a construção de uma história alternativa a partir de abusos passados. Desta maneira, formou-se uma conflitante dicotomia entre justiça e reconciliação. Como visto, a primeira fase da justiça de transição assumiu a importante função na construção do direito penal internacional, punindo indivíduos por abusos e violações massivas de direitos humanos, tendo com modelo os Tribunais de Nuremberg e Tóquio.

De maneira diferente, a segunda fase da justiça de transição não se caracterizou pela realização de julgamentos por tribunais internacionais, como sua predecessora. Da mesma forma, não se verificou a ocorrência de um conflito internacional, de guerra entre as nações, mas sim a de uma mudança interna nos regimes políticos dos países em questão, o que, em tese, abriria espaço para os

⁹⁸ TEITEL, Ruti. *Transitional justice genealogy...*, p.71.

⁹⁹ *Ibid.*, p.78.

novos governos democráticos punirem as violações de direitos humanos praticadas durante a repressão.

Assim, ainda que não tenham sido criados tribunais internacionais, o direito internacional, em muitos casos, realizou um papel construtivo, consistindo em uma fonte na qual se orientar os tribunais nacionais, durante a experiência de transição.

Ocorre que este momento da justiça de transição a pedra angular de sua realização fundava-se reconstrução nacional. Assim, nesta fase se fez presente a aplicação significativa de mecanismos que se propunham à pacificação nacional, como é o caso da edição das leis de anistia e a criação das comissões de verdade – estas últimas, corpos oficiais com a função de investigar, documentar e relatar violações de direitos humanos ocorridas em determinado território e espaço de tempo. Os objetivos de *perdão* e *reconciliação* estão relacionados a esta segunda fase.

Quanto às comissões de verdade¹⁰⁰, em que se pese sua criação institucional, acabaram funcionando como uma forma de concepção mais ampla de justiça, estabelecendo o diálogo entre as vítimas e os autores das violações de direitos humanos a partir da participação de diversos atores não estatais.

Esta etapa da justiça de transição, ao contrário do ocorrido anteriormente na primeira fase – marcadamente com a realização dos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio – representou uma preponderância da atuação dos Estados onde as violações de direitos ocorreram na realização da justiça, trazendo as decisões para o a esfera nacional. Assim, enquanto que na primeira fase havia uma necessidade de universalização, do internacionalismo anteriormente mencionado como uma forma de “prestar contas” à humanidade sobre os abusos cometidos, nesta segunda fase, a idéia de justiça aparece fortemente associada à legitimidade da jurisdição nacional dos países e de sua soberania.¹⁰¹

1.1.3. Terceira fase

¹⁰⁰ Tema será melhor explorado no capítulo seguinte.

¹⁰¹ TEITEL, Ruti. *Transitional justice genealogy...*, p.71.

A terceira fase da justiça de transição localiza-se cronologicamente no fim do século XX, estando associada ao fenômeno da globalização, que vem acompanhado de instabilidade política, fragmentação e conflitos perenes. Esta fase se relaciona ao comprometimento com a persecução dos responsáveis pelas violações aos direitos humanos, por meio de uma expansão destes direitos e a constituição de um novo paradigma de Estado de Direito.¹⁰²

Segundo ROHT-ARRIAZA¹⁰³, as novas instituições de justiça global se expandiram a partir do século XX, sendo que a literatura sobre o assunto se desenvolveu especificamente nos últimos vinte anos. Consiste esta fase em uma etapa de expansão e institucionalização da justiça de transição.

Para NAGY¹⁰⁴, trata-se do surgimento de um projeto global abrangendo esta espécie de justiça, que não questiona mais se a comunidade internacional deve ou não tomar alguma atitude em relação às violações de direitos ocorridas – como o fazia nas fases anteriores –, mas trata do modo de realizar esta justiça, em como fazê-lo.

A justiça de transição surge, portanto, em seu aspecto mais prático, ou seja, de responsabilização das violações de direitos ocorridas, o que MILLER¹⁰⁵ chama, em termos bastante diretos, de seu nível operacional. Ela traduz-se pela realização dos julgamentos nacionais e internacionais e do estabelecimento das comissões de verdade.

Assim, os julgamentos promovidos em relação às graves violações dos direitos humanos ocorridas na recente história internacional são expressões da justiça de transição, como os casos dos tribunais internacionais estatuidos para a apuração dos crimes cometidos na Antiga Iugoslávia, Ruanda e Serra Leoa.

Há a criação do Tribunal da Antiga Iugoslávia; do Tribunal de Ruanda, do Tribunal de Serra Leoa e também a criação do Tribunal Penal Internacional, a partir da ratificação do Estatuto de Roma.

¹⁰² *Idem*, *The law and justice of...*, p. 840.

¹⁰³ ROHT-ARRIAZA, Naomi; MERIEZCURRENA, Javier. *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth Versus Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 202.

¹⁰⁴ NAGY, Rosemary. *Transitional Justice as a Global Project: Critical Reflections*. *Third World Quarterly* 29, no. 2, 2008, p. 275-289.

¹⁰⁵ MILLER, Zinaida. *Op. cit.*, p. 272.

Para CASSESE¹⁰⁶, a comunidade internacional buscou afirmar os princípios fundamentais de direito humanitário por meio da punição dos autores das violações. Assim, durante este processo – que significou o desenvolvimento de instituições competentes para a persecução de violações ao direito humanitário – ter-se iam destacado duas etapas: a primeira corresponderia à criação dos tribunais da Antiga Iugoslávia, de Ruanda e de Serra Leoa e a segunda da criação do Tribunal Penal Internacional.

A região balcânica, desde a Antiguidade, caracterizou-se por ser uma região de conflitos, em razão da multiplicidade de etnias que sempre povoou seus territórios. Atualmente na região da antiga Iugoslávia podem ser encontrados eslovenos, sérvios, croatas, eslovenos, macedônios, albaneses, muçulmanos, montenegrinos, turcos e húngaros.

Em que se pese a existência perene de conflitos, pode-se apontar a Segunda Guerra Mundial como a fonte de acirramento dos problemas étnicos existentes na região, a partir do acordo celebrado entre croatas e nazistas, que provocou a deportação e posterior execução de sérvios nos campos de concentração.¹⁰⁷

As tropas alemães haviam invadido a região em 1941, mas foram expulsas pela Frente de Libertação Nacional, organizada por Josip Broz Tito, sendo, com o fim da guerra, reconhecida a República Popular Federal da Iugoslávia (1946), mais tarde sendo denominada de República Socialista Federativa da Iugoslávia (1963).

Assim, por cerca de quatro décadas, sob o comando de Tito, o Estado socialista iugoslavo manteve-se unido, sem qualquer manifestação de conflitos ou questões étnicas, agrupando as repúblicas da Sérvia, Croácia, Eslovênia, Bósnia-Herzegovina, Montenegro e Macedônia. Daí a célebre frase que definia a Iugoslávia de Tito: “seis repúblicas, cinco etnias, quatro línguas, três religiões, dois alfabetos e um partido”.

Contudo, a morte do Marechal Tito, em 1980, e o agravamento da situação econômica deu-se início a um movimento de desintegração da Iugoslávia, que culminou no ressurgimento dos antigos conflitos raciais.

¹⁰⁶ CASSESE, Antonio. *De Nuremberg a Roma: dos tribunais militares internacionais ao tribunal penal internacional*. In: *O direito penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do tribunal penal internacional*. AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (Orgs.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 11.

¹⁰⁷ Descrição do conflito em JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional...*, p. 88-91.

Em 1981, os albaneses de Kosovo, província sérvia, clamam pela independência, sendo brutalmente reprimidos. Mais tarde, Slobodan Milosevic surge como um líder sérvio, sendo eleito presidente da Sérvia em 1989. Em 1990, há a proclamação da República de Kosovo dentro da Iugoslávia. No ano seguinte, Croácia e Eslovênia declaram suas respectivas independências, sendo seguidas posteriormente pela Macedônia.¹⁰⁸

Nesse mesmo ano, inicia-se a guerra na Croácia, que dura cerca de três meses, com a proclamação da República sérvia em Krajina, sendo expulsos os croatas. Entre os anos de 1993 e 1994 eclode a guerra ente muçulmanos e croatas, sendo seguida, por pressão norte-americana, da criação da federação croato-muçulmana. Em 1993 é criado o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia.

Em 1995 ocorre o massacre de Srebrenica, ofensiva sérvia comandada pelo general Ratko Mladic, resultando em mais de 7 mil mortos. Em 1995 é celebrado o acordo em Dayton, com a Bósnia se comprometendo a manter suas fronteiras e com a ratificação da República Srpska e da federação croato-muçulmana. Em 1998 ocorre a ofensiva sérvia contra a base local do Exército de Libertação de Kosovo, com 2 mil mortos e 250 mil refugiados. Há avanços do exército de Kosovo e os sérvios aceitam o retorno dos refugiados e a autonomia provisória da província.

No ano seguinte, há o massacre de Racak. Inicia-se o bombardeio da OTAN e a Resolução 1244 põe fim à guerra, declarando Kosovo uma província iugoslava sob o protetorado da ONU. Em 2000, Slobodan Milosevic é derrotado nas eleições para a Federação Iugoslava. Em 21 de junho de 2001 é transferido para o ICTY, em Haia, por decisão do governo sérvio, apesar do veto do Tribunal Constitucional.

Como assevera JAPIASSÚ¹⁰⁹, o conflito ocorrido nos Bálcãs caracterizou-se por uma prática que a Organização das Nações Unidas (ONU) referiu-se como uma depuração étnica. Esta consiste na busca de uma homogeneidade étnica, onde por meio da força ou intimidação se expulsa determinado grupo de pessoas de uma região. Uma série de violações de direitos humanos serve como meio de realização do mencionado objetivo, como cita o autor aqueles referidos pelo documento S/25274, de 9 de fevereiro de 1993, que veio a se transformar no primeiro relatório

¹⁰⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Op. cit.*, p. 91-95.

¹⁰⁹ *Loc. cit.*

da Comissão designada pela ONU, em atenção à resolução do Conselho de Segurança:

a “depuração étnica” se produz mediante homicídios, torturas, encarceramentos arbitrários, execuções sem processo judicial, estupro e outras agressões sexuais, confinamento de populações civis em guetos, expulsões pela força, deslocamento e deportação de populações civis, ataques deliberados ou ameaças de ataques contra civis e zonas civis, destruição injustificada de bens.¹¹⁰

Segundo relata SHABAS¹¹¹, o Tribunal da antiga Iugoslávia foi criado pela Resolução 808, em 22 de fevereiro de 1993, sendo que o Conselho de Segurança não se pronunciou sobre a forma como ele deveria ser estabelecido, tampouco a partir de que bases legais. O relatório do Secretário Geral disse não ter a Resolução estabelecido uma jurisdição penal internacional, nem a criação de uma corte criminal internacional de caráter permanente – questões que ainda precisariam ser analisadas pela Assembléia Geral e pela “Comissão de Direito Internacional”.

Em situações normais, defendia o Secretário Geral, tais questões – que envolvem a implementação de um tribunal – deveriam ser firmadas mediante tratados, o que não seria viável na situação em questão. Neste caso particular, deveria ser estabelecido pelo Conselho de Segurança, como forma de coação, um órgão subsidiário nos termos do artigo 29 da Carta, mas de natureza judicial, que exerça sua jurisdição independentemente de pressões políticas, não estando sujeito à autoridade do Conselho de Segurança.

O estabelecimento do tribunal foi quase que imediatamente contestado pelos advogados de defesa, pois a Carta das Nações Unidas não daria essa prerrogativa ao Conselho de Segurança – o que só poderia ter sido realizado por meio de tratado, ou por uma emenda à Carta. Esta questão foi afastada pela Câmara de Julgamento, tendo sido seu entendimento mantido pela Câmara de Apelações.

Foi levantada a questão preliminar sobre a possibilidade de o Tribunal examinar a legalidade do seu próprio estabelecimento. A Corte Internacional de Justiça havia se mostrado reticente em rever uma decisão do Conselho de Segurança, uma vez que a Carta da ONU não previa hierarquia entre seus principais órgãos. A Carta das Nações Unidas daria ao Conselho a prerrogativa de criar órgãos subsidiários que considerar necessários para o cumprimento de suas funções. No entanto, a base para criação dos tribunais seria o capítulo VII, que estabelece que a

¹¹⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional...*, p. 92.

¹¹¹ SHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 57 e ss.

determinação da existência de ameaça ou violação à paz, ou agressão caberá ao Conselho de Segurança a criação dos tribunais.

Assim, em 25 de maio de 1993, o Conselho de Segurança implementou por meio da Resolução 827 um tribunal internacional destinado à apuração da responsabilidade penal pelas violações aos direitos humanos ocorridas entre 1º de janeiro de 1991 e a data da celebração da paz. O Tribunal Internacional da antiga Iugoslávia apresentou competência concorrente com as cortes nacionais, sendo que haveria possibilidade de afirmar sua primazia, na hipótese em que haja interesse da justiça internacional.¹¹²

Algumas das figuras mais importantes no conflito iugoslavo foram processados e julgados pelo Tribunal: Slobodan Milosevic, presidente da República federal da Iugoslávia e comandante supremo das Forças Armadas, sem dúvida o personagem com maior notoriedade no conflito; Milan Milutinovic, presidente da República da Sérvia; Nikola Sainovic, primeiro-ministro da República Federal da Iugoslávia; Dragoljub Ojdanic, chefe do Estado-Maior das Forças Armadas da República Federal da Iugoslávia; Radovan Karadzic, presidente da República Srpska e líder do Partido Democrático Sérvio e Ratko Mladic, comandante do exército sérvio-bósnio.

Recentemente, em 20 de julho do corrente ano, as autoridades sérvias anunciaram a captura do que seria o último fugitivo procurado pelo Tribunal da Iugoslávia, Goran Hadzic, indiciado por 14 acusações de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, incluindo perseguição, deportação e extermínio de croatas e outros cidadãos não-sérvios da Croácia.¹¹³

A Ruanda é um país que se localiza no leste da África, tendo se tornado independente em 1962, composto, basicamente, por duas etnias principais, os hutus, que representam a maior parte da população e os tutsis. Em 1994, deu-se início a um violento conflito entre essas etnias, que assumiu maiores proporções quando do atentado contra o presidente Juvénal Habyarimana. O presidente foi morto em circunstâncias não esclarecidas, quando seu avião foi abatido ao aterrissar na capital Kigali, juntamente com o presidente de Burundi.¹¹⁴

¹¹² *Ibid.*, p. 97-98.

¹¹³ ICTY (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia). *Goran Hadzic in Tribunal's Custody*. The Hague, 22 July 2011. VE/MOW/PR1430e. Disponível em: <<http://www.icty.org/sid/10740>>. Acesso em 26 de julho de 2011.

¹¹⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional...*, p. 104.

A partir disto, a guarda presidencial e milícias ligadas ao regime a perseguir e exterminar tutsis e hutus moderados. Assim, o massacre se espalhou pelo país, motivando a reação do movimento armado de oposição tutsi, a Frente Patriótica Ruandesa. Estima-se que tenha havido entre 500 mil e 1 milhão de mortos no conflito, no contexto de uma população de cerca de 8 milhões de habitantes.¹¹⁵

Ainda, pelas estimativas da ONU, cerca de 250 mil mulheres sofreram violência sexual, tendo gerado como consequência o nascimento de aproximadamente 5 mil crianças. As violações eram realizadas individualmente ou em grupos, sendo essas mulheres sexualmente escravizadas e mutiladas.¹¹⁶

O Conselho de Segurança da ONU, em 8 de novembro de 1994, por meio da Resolução 955, com base no relatório da Comissão de Direitos Humanos e a pedido do governo ruandense, foi criado o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (*International Criminal Tribunal for Rwanda*), apurando o crime de genocídio e outras graves violações ao direito humanitário cometidos no território de Ruanda, ou por cidadãos ruandeses em territórios vizinhos, no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 1994.

A Câmara de Julgamentos do Tribunal de Ruanda chegou às mesmas conclusões em relação às questões preliminares argüidas nos julgamentos do Tribunal da antiga Iugoslávia. Uma diferença se nota, porém. Enquanto que o conflito na antiga Iugoslávia tinha o inquestionável caráter interno, em Ruanda os crimes teriam sido cometidos também em território de países vizinhos.

Apesar desta discussão, houve, em ambos os casos – antiga Iugoslávia e Ruanda – o destaque da importância do consentimento dos Estados envolvidos. No caso *Tadic* e no *Kanyabashi* os governos não só não contestaram a jurisdição como aprovaram e ofereceram apoio aos tribunais – o que não estaria, segundo declaração do governo de Ruanda, violando sua soberania.

Esta questão preliminar está sempre sendo aventada, mas a jurisprudência neste sentido tem sido inabalável – no sentido da competência do Conselho de Segurança para a implementação dos tribunais, que agora pode ser encontrada no Estatuto de Roma.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 105.

¹¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Ruanda e os direitos humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_ruanda.html>. Acesso em 04 de maio de 2011.

Em Serra Leoa, uma série de problemas administrativos nas minas de diamantes – principal recurso natural e motor da economia do país – e a corrupção em níveis acintosos foram os motivos que deram início à guerra civil da década de 1990. Charles Taylor, da Frente Nacional Patriota da Libéria, país vizinho em guerra civil, colaborou com Foday Sankoh, ex-comandante do exército de Serra Leoa. A criar a Frente Unida Revolucionária (RUF).

Com um mês de guerra civil, a RUF passou a comandar as principais províncias produtoras de diamantes no leste do país. Em 1995, a RUF chegou aos arredores de Freetown. A fim de reverter essa situação, diversos mercenários foram contratados e os rebeldes foram forçados a se retirarem das proximidades da capital.

Em 1996, Ahmad Tejan Kabbah foi eleito presidente de Serra Leoa. No mesmo ano, o major Johnny Paul Koroma foi acusado de tentar dar um golpe para derrubar Kabbah, sendo preso. Isso fez com que os oficiais de alta patente, descontentes com a prisão, criassem o Conselho Revolucionário das Forças Armadas (AFRC). Este, em 1997, destituiu o presidente, libertou Koroma e o elevou ao comando do Estado.

Koroma adotou uma série de medidas autoritárias, suspendendo a Constituição e limitando todas as liberdades individuais, além de fechar toda a imprensa privada. Dez meses após, Kabbah foi reconduzido ao seu cargo, havendo a punição e execução de 24 soldados do AFRC considerados culpados pela corte marcial. Em 6 de janeiro de 1999, o AFRC tenta um novo golpe, resultando em inúmeros mortos e propriedades destruídas.

Estima-se que, durante todo esse conflito, cerca de 50 mil pessoas tenham sido mortas e que existam mais de 500 mil refugiados em diversos territórios, além de muitos outros indivíduos mutilados, com braços e pernas decepados.

Houve também para estes fatos, a criação de um tribunal, visando apurar as violações de direitos ocorridas em Serra Leoa. Como relata SCHABAS¹¹⁷, a Corte Especial de Serra Leoa não foi criada por determinação do Conselho de Segurança da ONU – que andava mal visto no fim dos anos 90 – mas por um tratado celebrado entre a Organização das Nações Unidas e o governo de Serra Leoa. Foi, portanto,

¹¹⁷ SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals...*, 2006, p. 57 e ss.

um tratado firmado entre o governo de um Estado e uma Organização Internacional, uma vez que ela que também possui a faculdade de firmar tratados internacionais.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais – assinada em 21 de março de 1986 e redigida para complementar a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que lidava somente com o tratado entre os Estados – havia afirmado que a faculdade de celebrar tratados internacionais não era mais exclusividade dos Estados.

O Tribunal de Nuremberg também havia sido estabelecido por um tratado entre as quatro potências que ocuparam a Alemanha (para as quais a Alemanha havia se rendido e que, portanto, teriam soberania para a criação do tribunal). Neste sentido se justificou a criação do tribunal pelo governo de Serra Leoa, que estaria agindo no exercício de sua própria soberania.

Apesar de não ter sido criado pelo Conselho de Segurança da ONU, ele teve grande participação na sua implementação, como na aprovação do seu estatuto, que se deu a partir da Resolução 955 do Conselho de Segurança, de oito de novembro de 1994, visando extinguir uma situação de ameaça à paz e à segurança internacionais, caracterizada pelo genocídio e outras flagrantes violações aos direitos humanos.¹¹⁸

Como aduz SCHABAS¹¹⁹, os advogados de defesa contestaram a criação do tribunal de Serra Leoa numa tentativa de limitar sua jurisdição, pois já que havia sido fruto de tratado entre o governo e as Nações Unidas, o exercício da mesma só poderia ser feito dentro dos limites pertencentes ao Estado de Serra Leoa. A Câmara de Apelações, no entanto, disse ter sido o tribunal estabelecido para cumprir um mandato internacional, sendo um mecanismo de justiça internacional. Alegaram, ainda, que o estabelecimento da Corte Especial teria violado a constituição de Serra Leoa: o único meio de criá-lo seria através de um referendo que autorizasse emenda constitucional neste sentido. A Câmara de Apelações respondeu dizendo não fazer o tribunal parte do sistema judiciário de Serra Leoa, não devendo se subordinar a ele, portanto.

Por terem os tribunais de Ruanda e da antiga Iugoslávia sido criados pelo Conselho de Segurança, deles poderiam emanar ordens contra os Estados e

¹¹⁸ CASSESE, Antonio. *De Nuremberg a Roma...*, p. 15.

¹¹⁹ SCHABAS, William A. *Op. cit.*, p. 57 e ss.

também interferir em procedimentos em curso internamente que fossem também matéria de sua competência. Já o Tribunal de Serra Leoa não poderia ditar ordens contra Estados e sua primazia seria apenas em relação aos tribunais do país.

As diferenças baseadas na natureza da criação dos tribunais são mais teóricas do que práticas. Os tribunais criados pelo Conselho acabam por recorrer a ele como forma de pressionar o cumprimento de suas decisões. Caso um Estado não cumpra suas decisões, os tribunais são impotentes se não houver uma posterior atuação do Conselho de Segurança. Do mesmo modo, nada impede que o Tribunal de Serra Leoa recorra ao auxílio do Conselho de Segurança.

Em relação a essa questão das limitações da Corte Especial de Serra Leoa, destacou-se o episódio de Charles Taylor, em relação ao qual as investidas do tribunal no sentido de captura foram frustradas. Presidente da Libéria entre 1997 e 2003, foi acusado por vários crimes em seu país e também em Serra Leoa. Entretanto, não é uma demonstração convincente da fraqueza institucional do tribunal. Os países que se negaram a entregar Charles Taylor – Gana e Nigéria – invocaram argumentos legais internacionalmente válidos para o fato, como os princípios da imunidade e da soberania do país em conceder asilo, respectivamente.

Assim, percebe-se que, em que se pesem os objetivos destes tribunais, de responsabilização penal pelas violações cometidas – a exemplo de Nuremberg – os mesmos sofreram críticas pelo fato de terem sido criados para julgar abusos cometidos antes de sua implementação. Com o objetivo, entre outros, de se estabelecer um tribunal que não padecesse deste vício, criou-se o Tribunal Penal Internacional (TPI).

Aprovou-se, na Conferência Diplomática realizada em Roma entre 15 e 17 de junho de 1998, o Estatuto que constituiu o Tribunal Penal Internacional Permanente, contendo 128 artigos e tendo sido aprovado com 120 votos a favor, 7 contrários (Estados Unidos, Filipinas, China, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções.¹²⁰

Como afirma TEITEL, a criação do TPI foi precedida pela criação *ad hoc* de tribunais internacionais para julgar os crimes contra a humanidade cometidos nos Bálcãs e em Ruanda. Meio século após a criação do Tribunal Militar de Nuremberg, a Corte Internacional representa um fim deste modelo de tribunais criados para o

¹²⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional...*, p. 112-113.

juízo de fatos anteriores a sua criação, ou a tão criticada criação de tribunais de vencedores contra vencidos, pois se trata de um tribunal permanente, que tem como escopo a persecução de crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade.

O próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 22, consolida o princípio da legalidade, ao determinar a necessidade de existência de uma lei prévia para a configuração do delito, vedando a analogia *in malam partem* e estabelecendo o princípio do *in dubio pro reu* para as hipóteses de interpretação da lei penal.¹²¹

Uma das principais idéias que permeia a criação do TPI é a da “paz perpétua”, conceito de origem kantiana¹²² que, em linhas gerais, fala sobre a criação de uma Federação de Estados que não seja um novo Estado soberano, que é o que ocorre hoje com as organizações internacionais.

O TPI se insere nessa lógica, de complementar os judiciários nacionais, sem suplantá-los. Desta forma, haveria, por parte dos Estados, a cessão de uma “parcela de sua soberania em favor da criação de um órgão jurisdicional internacional, que complementar os organismos judiciais nacionais”¹²³, buscando estabelecer a pretendida paz entre os povos.

Define, ainda, o artigo 24, que o TPI só terá competência para julgar crimes cometidos após sua entrada em vigor e, de maneira expressa, prevê a retroatividade da lei penal mais benéfica. Ao se reconhecer o princípio da legalidade como norte da atuação do TPI, haveria uma aproximação com o direito romano germânico. Há, ainda, em seu artigo 5º, uma enumeração taxativa dos delitos de competência do TPI, sendo eles o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão.¹²⁴

Ressalte-se, todavia, que o artigo 10 do mencionado Estatuto, ao definir os elementos referentes aos crimes por ele tipificados prevê que “nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento no direito internacional” e, ainda, no artigo 22 (3), que trata dos princípios gerais de direito penal que “o disposto no presente artigo não afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto”. Assim, parece ser

¹²¹ BOITEUX, Luciana. *Op. cit.*, p. 95.

¹²² Sobre o tema, KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2002.

¹²³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Op. cit.*, p. 128.

¹²⁴ BOITEUX, Luciana. *Op. cit.*, p. 95.

dada a este princípio uma interpretação algo diferente da que ocorre nos ordenamentos jurídicos internos.

Alguns críticos ao Estatuto de Roma argumentam que não se pode exercer jurisdição sobre nacionais de Estados que não são signatários dos tratados, embora seja inquestionável que os Estados-parte possam exercer jurisdição contra os nacionais de outros Estados em relação a crimes cometidos em seu território. Para SCHABAS¹²⁵, essa questão é menos interessante do que ser possível um tribunal penal internacional ir além daquela jurisdição que poderia ser exercida pelos tribunais internos – que consiste, basicamente, no problema de julgar os líderes de Estados que não façam parte do tratado.

Nesse sentido tem-se a complementariedade como princípio do TPI. Sendo assim, a Corte não interfere na jurisdição interna dos Estados que investigam de forma efetiva, punindo o genocídio, os crimes de guerra e contra a humanidade cometidos em seu território. Implícita a este argumento está a obrigação que os Estados possuem de processar e julgar os crimes internacionais que forem cometidos em seu território. A justiça nacional, de toda forma, é preferível mesmo por razões de celeridade, já que, em tese, possui mais capacidade para tanto. Assim, em princípio, a função do TPI é de monitorar e auxiliar os Estados na persecução dos mencionados crimes.¹²⁶

Portanto, surge o Tribunal Penal Internacional como um dos mais importantes instrumentos de realização da justiça de transição contemporânea, reafirmando a proteção internacional dos direitos humanos e a intolerância a sua respectiva violação.

Há, desta forma, nesta terceira fase da justiça de transição, uma atribuição de um papel central a mesma no plano internacional, promovendo sua expansão e normalização. O que antes era considerado como uma questão legal associada a determinadas condições pós-conflito, agora emerge como uma reflexão primordial para a comunidade internacional. Isto se acentua ao se considerar as condições políticas atuais, como o que TEITEL chama de “guerra em tempos de paz” (como podem ser concebidas algumas formas de combate ao terrorismo) a fragmentação

¹²⁵ SCHABAS, William A. *Op. cit.*, p. 53-57.

¹²⁶ AMBOS, Kai. *Processando crimes internacionais em nível nacional e internacional: justiça x realpolitik*. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Coord.). *Direito penal internacional, estrangeiro e comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 85.

política, a existência de Estados frágeis, de pequenas guerras e de conflitos constantes.¹²⁷

1.2. A efetivação da justiça de transição a partir dos Princípios de Chicago

Neste tópico, apresentam-se as hipóteses em que a justiça de transição ou justiça pós-conflito pode ser efetivada, tendo como base a utilização de princípios que norteiam o seu exercício.

BASSIOUNI é quem sintetiza estas premissas de realização da justiça pós-conflito, ao definir sete princípios, os quais denomina ‘Princípios de Chicago’. Como já visto, com a perpetração de inúmeros conflitos de proporções mundiais, ou de grande relevância para a comunidade internacional – a partir da Segunda Guerra – iniciou-se uma etapa de responsabilização penal internacional, associada a medidas que pudessem garantir a paz, a reconciliação e a manutenção da democracia.

Estes conflitos significaram enormes perdas de vidas humanas; dezenas de milhões de pessoas, entre os quais, em sua maioria, civis. Uma série de crimes foram (e ainda são) praticados, violando direitos humanos fundamentais, incluindo o genocídio, a tortura, os desaparecimentos forçados, os crimes sexuais e o deslocamento forçado de pessoas.¹²⁸

Com a assinatura da Carta das Nações Unidas em 1945 e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, a comunidade internacional passou a reconhecer como universais e indivisíveis os direitos humanos, estabelecendo um padrão de proteção internacional a ser seguido pelos Estados e povos.¹²⁹

Este padrão foi traduzido por uma série de acordos, convenções e tratados firmados nas décadas seguintes, que, como assevera BOBBIO¹³⁰, funcionaram como uma verdadeira complementação aos preceitos firmados na referida declaração.

¹²⁷ TEITEL, Ruti. *Transitional justice genealogy...*, p. 90.

¹²⁸ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 1.

¹²⁹ RAIZMAN, Daniel Andrés. *A justiça pós-conflitual ante o regime civil-militar brasileiro no período de 1968-1984*. Tese (Doutorado em Direito). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009, p. 71.

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34.

Como afirma BASSIOUNI¹³¹, em grande parte das experiências de transição pós-conflito, a realização da justiça foi preterida em favor de negociações que pudessem por fim aos conflitos. Esse foi o caso da maior parte das nações sul-americanas, que optaram pela política do perdão e esquecimento, ao menos inicialmente.

Todavia, há uma crescente movimentação e reconhecimento da comunidade internacional no sentido de que só é possível a construção de uma sociedade democrática se as nações adotarem três pilares, três premissas indispensáveis: a busca da verdade, da justiça e da reconciliação. Assim, surge a justiça pós-conflito, que é agora um importante estágio na defesa dos direitos humanos.

De acordo com o autor, a despeito do crescente reconhecimento das mencionadas premissas no momento da realização da justiça pós-conflito, a comunidade internacional tem se mostrado despreparada. Entidades como a Organização das Nações Unidas, os governos, as organizações não governamentais, entre outras, procedem a partir de meios improvisados e ineficientes; as estratégias de justiça costumam não estar integradas em prol de um objetivo comum e este, por sua vez, não direcionado às demandas específicas do contexto local.¹³²

Bassiouni afirma que estes problemas se dão, em parte, devido à ausência de princípios gerais que regulem a justiça pós-conflito, estabelecendo uma linguagem comum. A partir desta assertiva, desenvolve os *Princípios de Chicago*, que seguem esquematizados a partir da percepção de seus sentidos.

Estes princípios serão descritos adiante, posto que são todos eles de fundamental relevância, uma vez que a realização da justiça compreende uma série de medidas, de natureza distintas, perpassando vários ramos do direito, além de mobilizações de cunho político, social e econômico.

Entretanto, o presente trabalho destacará e tratará mais especificamente da realização e dos aspectos que envolvem os objetivos contidos no primeiro princípio – a face eminentemente *penal* da realização da justiça de transição, que é também o seu ponto central. Ele se refere à responsabilização dos culpados pelos crimes cometidos que consistiram em violações aos direitos humanos.

¹³¹ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 1.

¹³² *Loc. cit.*

1.2.1. Primeiro Princípio: “Os Estados devem julgar os supostos autores de graves violações aos direitos humanos e ao direito humanitário”¹³³

O primeiro princípio traz a obrigação dos Estados em promover a persecução penal sobre as violações de direitos humanos ocorridas em seu território. O exercício desta persecução deve ocorrer seguindo algumas condições básicas, que se identificam com aquelas necessárias à aplicação da jurisdição penal no direito interno. Em primeiro lugar, deve existir uma justiça imparcial e independente, tendo sido precedida de uma investigação criminal capaz de validar minimamente as acusações. O processo para apurar os crimes cometidos deve respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa, respeitando-se, ainda, o princípio do *ne bis in idem*.¹³⁴

Os Estados devem, ainda, proteger as testemunhas e suas famílias, além de todos os seus membros envolvidos nas investigações e no julgamento das violações, para que estas possam ser apuradas com a maior fidedignidade, chegando-se ao conhecimento da verdade e responsabilização dos reais culpados. Toda a etapa da persecução deve ser pública, para garantir que as vítimas, seus familiares e a sociedade como um todo possam ter acesso aos procedimentos e aos eventuais benefícios deles decorrentes.¹³⁵

O Estado não pode criar mecanismos que impeçam a responsabilização dos culpados, entre eles, deve ser afastado o recurso muito utilizado da exclusão da responsabilidade penal com base na ‘obediência devida’. Devem responder também os indivíduos que estiveram em posição de autoridade, tendo efetivo controle sobre as violações aos direitos humanos, não sendo aceitável qualquer espécie de imunidade para o julgamento dos feitos. Os outros Estados não devem conceder

¹³³ “Principle 1: States shall prosecute alleged perpetrators of gross violations of human rights and humanitarian law”.

¹³⁴ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines on Post-Conflict Justice: The Chicago Principles*. In: *The pursuit of International Criminal Justice: a world study on conflicts, victimization, and post-conflict justice*. Volume 1. BASSIOUNI, M. Cherif. (ed.). Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2010, p. 46.

¹³⁵ *Ibid.* p. 47.

asilos aos indivíduos condenados, desde que esta condenação tenha respeitado o devido processo legal.¹³⁶

Obviamente, é afirmado o respeito ao devido processo legal, pois seria um contra-senso a busca da punição às violações dos direitos humanos, cometendo-se outras tantas no momento de sua persecução. Tal atitude não seria admissível. Assim, elementos como a presunção de inocência; a adoção de um juízo imparcial; os conhecimentos de todas as acusações e provas; a constituição de defesa e assistência gratuita, se necessário; o direito de apresentar testemunhas e de inquirir as da acusação e o direito de não produzir prova contra si próprio devem estar presentes no momento da persecução penal.¹³⁷

Este princípio faz transparecer a idéia de primazia da jurisdição interna, em relação às violações aos direitos humanos ou ao direito humanitário ocorridas em seu território. Neste caso, o mais desejável seria a efetiva aplicação da justiça do país, garantindo-lhe sua soberania em relação à persecução dos crimes nele cometidos.

De toda forma, nas hipóteses dos Estados não promoverem, se omitirem ou forem incapazes de apurar as violações cometidas, há a possibilidade de se recorrer às cortes internacionais ou da utilização da jurisdição universal como suporte à persecução penal, recorrendo-se a tribunais internos de outros países.¹³⁸

Em alguns casos também, antes de se recorrer completamente à ajuda externa, BASSIOUNI¹³⁹ propõe a atuação de um 'tribunal misto', que na realidade, é o exercício da jurisdição interna com o *apoio* dos tribunais internacionais para a apuração das violações de direitos humanos ocorridas. Esta medida visaria ao fortalecimento das instituições internas.

Este princípio também propõe que haja na persecução das graves violações uma cooperação internacional, onde haja preservação, coleta e divulgação das informações relativas às mesmas entre os países, sendo dever dos governos compartilhar seus eventuais arquivos e demais recursos que possuir.¹⁴⁰

Da mesma maneira, deve existir cooperação durante as investigações e, quando for a hipótese, os Estados devem proceder à extradição dos culpados ou à

¹³⁶ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 32-33.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 33.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 29.

¹³⁹ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 44.

¹⁴⁰ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 30.

entrega daqueles que estão sendo processados em outros países. Obviamente, esta medida não deve ser tomada indiscriminadamente, pois só deve ser realizada quando o Estado que for receber o indivíduo seja possuidor de uma atividade jurisdicional que respeite as garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa.¹⁴¹

Deve-se considerar, ao se apurar a responsabilidade dos envolvidos, punições mais severas para aqueles que foram os principais planejadores e implementadores das violações aos direitos humanos, que formavam a liderança neste contexto. Na hipótese de meros soldados, não se afastando a responsabilidade, deve-se pensar nas possibilidades de reabilitação e reintegração. Os menores, por sua vez, devem se submeter à justiça juvenil, que considerará a sua condição etária.¹⁴²

A perseguição das violações dos direitos humanos não pode ser arbitrariamente realizada sobre os Estados, ou seja, eles não devem fazer escolhas sobre os sujeitos em relação aos quais ela irá incidir. Isto leva a outra premissa contida neste princípio, a de que o Estado não pode estabelecer limitações à atribuição responsabilidade nos casos de genocídio, crime de guerra ou crime contra a humanidade. Assim, devem ser afastadas as alegações de atuação em obediência hierárquica, a concessão de anistia ou outra forma de perdão, bem como a redução da punição nesses casos.¹⁴³

1.2.1.1. O instituto da anistia

Quando se comete uma infração penal, surge para o Estado o chamado *ius puniendi*, consistente no direito de perseguição e aplicação da sanção sobre o indivíduo que a pratica. Sobre este direito, entretanto, pode recair uma série de condicionantes, ou mesmo circunstâncias que o haverão por extinguir.

O crime, em sua definição analítica, é a ação típica, antijurídica e culpável. Configura-se, portanto, quando presentes todos os seus elementos. Todavia, a

¹⁴¹ *Ibid*, p. 30-31.

¹⁴² RAIZMAN, Daniel Andrés. *Op. cit.*, p. 81.

¹⁴³ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 49-50.

aplicação da pena subordina-se à condição de punibilidade do agente. No caso do Brasil, por exemplo, suas causas de extinção encontram-se elencadas no artigo 107 do Código Penal.

Dentre elas, há a anistia, instituto previsto em sede constitucional, compondo a chamada clemência soberana ou *indulgencia principis*¹⁴⁴, em nosso ordenamento, em conjunto com a graça e o indulto. Fazia-se necessária como meio de se abrandar o rigor da lei penal, a crueldade da norma, ou seja, a desproporção entre a pena e o delito. Derivando do vocábulo grego *amnístia*, representa a edição de uma lei, por Trasíbulo, perdoadando os trinta tiranos expulsos de Atenas.¹⁴⁵

Como instituição passível de assimilação à anistia de nossos dias, possuíam os romanos a *abolitio publica*, de caráter eminentemente político, que objetivava a pacificação dos espíritos, em razão de interesses estatais ou da celebração das divindades.¹⁴⁶ Em seu significado etimológico, o termo significa esquecimento¹⁴⁷; fazer esquecer o fato para apaziguar os ânimos.

Ela é medida objetiva, direciona-se a fatos, fazendo-lhes desaparecer o caráter reprovável, perdoadando seus agentes. Desta forma, pode ser concedida a qualquer tempo, mesmo antes que sobrevenha a condenação penal. Isto, no entanto, não afasta sua característica de ser um instituto que atua sobre o passado, ou seja, que age de forma retroativa, uma vez que sugere o olvido e o perdão.

A anistia, portanto, pode ser doutrinariamente dividida em espécies. Em regra, ela se apresenta como geral ou plena, que abrangem todos os responsáveis pelo cometimento do delito, independentemente de suas condições pessoais e, ainda, toda categoria de delito.¹⁴⁸ Considera-se restrita ou parcial quando sua concessão se dirigir a apenas determinados indivíduos ou determinadas categorias de crimes. Caso outorgada antes da condenação, ou seja, durante o curso da ação penal e antes dela, diz-se própria; imprópria, quando concedida após a prolação da sentença, em grau de recurso ou mesmo transitada em julgado a condenação.¹⁴⁹

¹⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*, vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 865.

¹⁴⁵ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 123.

¹⁴⁶ CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao código penal*, vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 106.

¹⁴⁷ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, vol. 1, tomo II. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad – Editor de Livros de Direito, 1954, p. 600.

¹⁴⁸ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 675.

¹⁴⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*, vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 778.

Como instrumento político de perdão e esquecimento do passado, o instituto da anistia teve utilização recente no âmbito latino-americano, como forma de se alcançar a transição do regime autoritário para o democrático e sob a argumentação de composição dos interesses nacionais.

A anistia, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro é ato praticado pelo poder legislativo, sendo uma das atribuições do Congresso Nacional, sujeita à sanção do Presidente de República.¹⁵⁰ Da mesma forma dispõe a Constituição da Argentina, pois prevê, entre as competências do Congresso, a concessão de anistias gerais.¹⁵¹

Por suas qualidades originais já descritas - sendo uma medida política - a anistia se aplica, fundamentalmente, a delitos políticos e a estes conexos e, apenas por exceção, aos delitos comuns.¹⁵²

A concessão de anistia por parte dos Estados, ainda que se tenha como fim a pacificação nacional, o fim do conflito, obstaculizando a persecução das violações de direito ocorridas, acarretará em responsabilidade internacional do Estado que perpetrou a impunidade. A questão da responsabilização penal e da edição das leis de anistia será analisada mais profundamente adiante, posto que o presente trabalho pretende uma abordagem da realidade brasileira neste contexto, em comparação com o caso argentino, levando-se em conta a proteção internacional dos direitos humanos.

1.2.2. Segundo Princípio: “Os Estados devem respeitar o direito à verdade e encorajar investigações formais das violações passadas, promovidas pelas comissões da verdade ou por outros organismos”¹⁵³

Este segundo princípio diz respeito ao direito que as vítimas, os familiares e a sociedade em geral possuem de conhecerem a verdade sobre as violações de

¹⁵⁰ Constituição Federal, artigos 21, XVII e 48, VIII.

¹⁵¹ Art. 75.- *Corresponde al Congreso: [...]*

20. *Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales.*

¹⁵² CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Op. cit.* p. 132.

¹⁵³ “Principle 2: States shall respect the right to truth and encourage formal investigations of past violations by truth commissions or other bodies”.

direitos humanos ocorridas – em todas as suas faces. O conhecimento da verdade é uma das premissas necessárias à pacificação, democratização e reconstrução nacional; é também, de forma mais específica, uma das condições para que estas violações não se repitam.

Desta maneira, defende-se o direito ao conhecimento da verdade sobre as origens e as causas das violações, as circunstâncias históricas em que se inserem e, também, a identidade de seus autores.¹⁵⁴

Assim sendo, este princípio está intimamente ligado à realização de seu antecessor, pois um dos meios de se conhecer a verdade a respeito das violações se dá a partir da persecução penal, onde serão investigados, processados e julgados os crimes cometidos. Portanto, uma das formas de se exercitar o direito à verdade é por meio da *responsabilização penal*.

Além deste conhecimento total da verdade, que tem, no fundo, compromisso com a sociedade como um todo, defende este princípio o direito específico das vítimas e familiares da verdade sobre os elementos que lhes afetam diretamente, como, por exemplo, o conhecimento das circunstâncias em que as violações ocorreram e o paradeiro dos seus mortos ou desaparecidos.¹⁵⁵

Este princípio também garante que haja o acesso aos documentos relativos às violações pretéritas de direitos humanos, inclusive aos pertencentes ao governo, às instituições militares e policiais ou aos serviços de inteligência.¹⁵⁶ Para se alcançar a verdade e acessar os documentos envolvendo este período, pode-se utilizar os mais diversos meios.

Este segundo princípio apresenta ainda outras possibilidades de conhecimento da verdade, sendo elas as comissões de verdade ou outros organismos que possuam esta função de investigar e fazer público o contexto, causas, consequências e atores das violações aos direitos humanos.

As comissões de verdade são, como define BASSIOUNI¹⁵⁷, órgãos destinados à investigação das violações de direitos humanos pretéritas, ocorridas em determinado país. Elas não funcionam, portanto, como uma espécie de *ombudsman*

¹⁵⁴ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 37.

¹⁵⁵ *Loc. cit.*

¹⁵⁶ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 41.

¹⁵⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 50-51.

das violações contemporâneas de direitos humanos; seu foco é sempre no passado, ainda que seja um passado recente.¹⁵⁸

Elas atuam de maneira desvinculada à atividade policial ou judicial, devendo ser independentes e imparciais. Elas são oficialmente sancionadas, podendo ser criadas de diversas formas, como por meio de legislação, tratados, medidas do poder executivo ou outros atos legais.¹⁵⁹

Diversas comissões de verdade têm se estabelecido no mundo desde 1974, com o objetivo de não permitir o esquecimento político destas graves violações, assumindo diferentes nomenclaturas, como são os exemplos das “comissões sobre desaparecidos” na Argentina, na Uganda e no Sri Lanka; as “comissões de verdade e justiça” no Haiti e no Equador e as “comissões de verdade e reconciliação” na África do Sul, Chile e Peru.¹⁶⁰

WIEBLHAUS-BRAHM¹⁶¹ sintetiza os dados relativos à ocorrência das comissões de verdade no mundo, com o ano de criação das comissões e o ano do fim dos trabalhos. Em alguns países não há a menção da data final, pois não há conhecimento de que elas tenham sido concluídas.

Assim, a tabela abaixo apresenta dados desde a primeira comissão de verdade criada em Uganda em 1974, seguindo-se suas respectivas criações nos diferentes países que a adotaram, com informações até o ano de 2005.

PAÍS	DATA
Uganda	1974-5
Israel	1982
Bolívia	1982-4
Argentina	1983-4
Zimbábue	1983-4
Uruguai	1985
Uganda	1986-95
Filipinas	1986
Nepal	1990-1
Chile	1990-1
Chade	1991-2

¹⁵⁸ WIEBELHAUS-BRAHM, Eric. *Truth commissions and other investigative bodies*. In: *The pursuit of International Criminal Justice: a world study on conflicts, victimization, and post-conflict justice*. Volume 1. BASSIOUNI, M. Cherif. (ed.). Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2010, p. 478.

¹⁵⁹ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 50-51.

¹⁶⁰ PINTO, Simone Rodrigues. *Direito à memória e à verdade: comissões de verdade na América Latina*. REVISTA DEBATES, Porto Alegre, v.4, n.1, p. 128-143, jan.-jun. 2010, p. 130. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/viewFile/11860/8304>>. Acesso em: 02/02/2011.

¹⁶¹ WIEBELHAUS-BRAHM, Eric. *Op. cit.*, p. 479-480.

El Salvador	1992-3
Alemanha	1992-4
Sri Lanka	1994-7
Haiti	1995-6
Burundi	1995-6
Austrália	1995-7
África do Sul	1995-2000
Equador	1996-7
Guatemala	1997-9
Nigéria	1999-2002
Indonésia	1999-2000
Uruguai	2000-3
Coreia do Sul	2000
Granada	2001-6
Peru	2001-3
Panamá	2001-2
Sérvia e Montenegro	2002-3
Timor Leste	2002-3
Serra Leoa	2002-3
Gana	2002-3
República Centro-Africana	2003
Congo	2003
Paraguai	2003
Marrocos	2004-5
Libéria	2005
Indonésia - Timor Leste	2005

A ideia é de que as comissões de verdade sejam formadas por personalidades que sejam reconhecidas por sua idoneidade moral, integridade e imparcialidade. Além disso, a composição destas comissões se baseia na colaboração e no trabalho de indivíduos de diferentes ramos do conhecimento, como advogados, investigadores, cientistas sociais, peritos, profissionais da saúde mental, entre outros.¹⁶²

As comissões de verdade têm como característica a ênfase que dão à vítima durante este processo de busca da verdade. Há um maior espaço para as vítimas e seus familiares descreverem suas experiências das violações de direitos sofridas, além de serem promovidas consultas públicas à sociedade em geral.¹⁶³

¹⁶² BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 50-51.

¹⁶³ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 38.

Em relação ao funcionamento das comissões da verdade, em sua maioria, elas estabelecem o tempo durante o qual irão operar, no qual realizarão as investigações, e quais serão os respectivos fatos a serem examinados e investigados. Para tanto, podem ser ouvidas, como já dito, as vítimas, os seus familiares, além de peritos, eventuais testemunhas e dos acusados de terem cometido as violações investigadas.¹⁶⁴

Ainda, as comissões têm a prerrogativa e a possibilidade de analisar documentos estatais, das forças armadas, de partidos políticos e mesmo de governos estrangeiros que possam ajudar a esclarecer as violações e suas circunstâncias. Elas podem realizar exumações e perícias que sejam importantes para o esclarecimento dos fatos, além de protegerem aqueles que forem prestar declarações, garantindo, ainda, sua idoneidade. As comissões se responsabilizam também por permitir o direito de resposta aos negativamente afetados pelas investigações.¹⁶⁵

Assim, o foco das investigações, pesquisas e conclusões delas obtidas pelas comissões pode ser variado dentro do contexto da busca pela verdade. Pode ser ele, por exemplo, direcionado a apuração da responsabilidade individual ou coletiva pelas violências pretéritas; estabelecer o historicamente acontecido; elencar as raízes do conflito, sejam elas sociais, políticas ou econômicas ou mesmo definir a participação de governos estrangeiros ou a influência da política internacional nos conflitos.¹⁶⁶

As conclusões realizadas pelas comissões são, em geral, condensadas em uma espécie de relatório final, onde são feitas recomendações, que geralmente se referem ao atuar do Estado e suas instituições, mas que também podem se referir à sociedade civil, a governos estrangeiros ou mesmo a organizações internacionais.¹⁶⁷

Elas podem, apesar de não serem órgãos jurisdicionais, recomendar julgamentos, para que haja a responsabilização penal pelas violações aos direitos humanos. Sendo assim, remetem a responsabilidade por tal apuração para os tribunais formais¹⁶⁸. Portanto, a existência de comissões de verdade não desobriga o

¹⁶⁴ RAIZMAN, Daniel Andrés. *Op. cit.* p. 87.

¹⁶⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 51-52.

¹⁶⁶ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 39.

¹⁶⁷ *Loc. cit.*

¹⁶⁸ PINTO, Simone Rodrigues. *Op. cit.*, p. 130.

Estado de atuar na investigação e reconstrução do passado por meio de seus próprios procedimentos.¹⁶⁹

Há o compromisso das comissões de verdade de tornarem públicas as suas conclusões, a partir da divulgação do seu relatório final, para que toda a sociedade possa desfrutar do conhecimento deste seu passado recente de violações.¹⁷⁰ Já que o objetivo é o conhecimento da verdade para que haja um debate que “varra da sociedade o silêncio e a negação das dores do período da história a que diz respeito”¹⁷¹, sempre com o objetivo maior da não repetição dos feitos, a publicidade das conclusões se torna indispensável às comissões.

1.2.3. Terceiro Princípio: “Os Estados devem reconhecer a condição especial das vítimas, garantir o acesso à justiça e desenvolver recursos e reparações”¹⁷²

Como terceiro princípio, BASSIOUNI¹⁷³ traz a necessidade de se conferir um status especial às vítimas, assegurando o acesso à justiça e promovendo as devidas reparações. O autor define as vítimas como “aqueles que sofreram danos, individual ou coletivamente, sendo eles ofensas físicas, ofensas psíquicas, sofrimento emocional, perda financeira, ou o comprometimento significativo dos seus direitos básicos”. Para o autor as vítimas são tanto as pessoas que sofreram diretamente o efeito das violações quanto aquelas que o experimentaram de forma secundária, como os seus familiares próximos.

O Estado deve priorizar a segurança e privacidade da vítima e de seus familiares, e esta condição especial que lhes deve ser conferida se traduz em um tratamento digno, que deve assegurar o acesso à justiça e a efetiva reparação dos danos causados, quando possível.

Como se pode notar, há uma interligação no exercício dos Princípios de Chicago. O acesso à justiça e também a reparação estão vinculados ao direito à

¹⁶⁹ RAIZMAN, Daniel Andrés. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁷⁰ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 53.

¹⁷¹ PINTO, Simone Rodrigues. *Op. cit.*, p. 130.

¹⁷² “Principle 3: States shall acknowledge the special status of victims, ensure access to justice, and develop remedies and reparations”.

¹⁷³ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 44.

verdade e são dele indissociáveis. O mesmo acontece com o primeiro princípio, que diz respeito à persecução penal e consiste em uma das faces do acesso à justiça.

O Estado deve atuar no sentido de promover, para aqueles que sofreram violações aos direitos humanos, um acesso à justiça que seja efetivo e igualitário, além da submissão de suas pretensões a uma jurisdição imparcial. Ainda, deve ser garantida às vítimas a participação nos processos relacionados às violações, tanto os de natureza civil quanto criminal, atribuindo-lhes legitimidade para tanto.¹⁷⁴

A reparação deve ser promovida pelos Estados por meio do exercício de sua jurisdição, realizando, portanto, julgamentos domésticos, internos, que não devem ser afetados pelo fato das vítimas, eventualmente, figurarem algum processo internacional de reparação. BASSIOUNI¹⁷⁵ apresenta quatro espécies de reparação: a restituição; a compensação; a reabilitação e a satisfação e garantia de não repetição.

A restituição compreende um retorno ao *status quo* que a vítima possuía antes das violações, em toda sua amplitude, podendo se dar sob a forma do assentamento em determinado local; da devolução de propriedades confiscadas; da restituição da liberdade, do emprego, da unidade familiar, dos direitos, inclusive a cidadania.¹⁷⁶ Da mesma forma, deve também o Estado criar mecanismos que possibilitem a eliminação dos registros policiais ilegítimos, que tenham sido resultado das práticas políticas repressivas governamentais.¹⁷⁷

A compensação reúne as possibilidades monetárias de reparação dos danos e perdas decorrentes das graves violações. Assim, seriam indenizações financeiras destinadas a todas as ofensas e prejuízos que puderem ser desta forma quantificados. Ela pode versar sobre ofensas físicas e mentais, perdas econômicas, prejuízos à reputação e à dignidade, eventuais custas legais e com peritos, custos com assistência médica, psicológica e social, além da possibilidade de proporcionar oportunidades sociais e educacionais para as vítimas.¹⁷⁸

A reabilitação representa a promoção de determinados serviços às vítimas das violações de direitos humanos e àqueles que sofreram seus impactos. Ele inclui a assistência jurídica, cuidados médicos e psicológicos, educação e preparação para

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 45.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 46-47.

¹⁷⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 56.

¹⁷⁷ RAIZMAN, Daniel Andrés. *Op. cit.*, p. 89.

¹⁷⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 57.

o trabalho. Neste contexto, deve-se conferir especial atenção à reabilitação das crianças vítimas, ou filhos de vítimas, bem como aos soldados menores de idade.¹⁷⁹

Por fim, a satisfação e garantia de não repetição relacionam-se intimamente ao princípio anterior, que se refere ao direito à verdade. Elas se referem à necessidade de fornecer informações às vítimas para que com elas se possa enfrentar o impacto das violações passadas e prevenir a ocorrência das futuras. Entre elas, as informações acerca dos mortos, de quem são eles, a localização dos seus corpos; sobre os desaparecidos e as circunstâncias de seu desaparecimento e também informações sobre crianças sequestradas.¹⁸⁰

Sendo assim, considerando-se as espécies de reparações, tem-se como características comuns que sejam elas proporcionais à lesão ou prejuízo sofridos e oferecidas de forma igualitária às vítimas.¹⁸¹ As reparações podem ser morais, como a prestação de tributos às vítimas ou outros atos simbólicos de reconhecimento do sofrimento passado. Da mesma forma, o pedido formal de desculpas por parte dos Estados, dos perpetradores das violações pode facilitar o processo de reconciliação e reconstrução nacionais.¹⁸²

1.2.4. Quarto Princípio: “Os Estados devem implementar políticas de veto, sanções e medidas administrativas”¹⁸³

Os Estados devem promover a implementação de “políticas de veto” (*vetting policies*), sanções e medidas administrativas destinadas à punição dos culpados, à prevenção de futuras violações e à distinção entre o novo governo democrático e o regime opressor anterior a partir da responsabilização penal e respeito aos direitos humanos.

Esta política consiste na proibição daqueles que participaram do governo anterior, realizando abusos, de fazer parte das Forças Armadas, agências de inteligência ou outras forças de segurança; dos líderes políticos de se elegerem no

¹⁷⁹ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 47.

¹⁸⁰ *Loc. cit.*

¹⁸¹ RAIZMAN, Daniel Andrés. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁸² BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 47.

¹⁸³ “Principle 4: States should implement *vetting policies, sanctions, and administrative measures*”.

novo governo; o afastamento de membros do judiciário e demais funcionários da administração pública associados ao regime anterior.¹⁸⁴

Para estabelecimento desta política, os Estados devem promover procedimentos administrativos que levem à apuração de quais indivíduos membros do governo ou ocupantes de cargos oficiais que tenham perpetrado as violações passadas. Em especial, deve-se apurar a responsabilidade para consequente aplicação da política de veto em relação às autoridades policiais, militares ou de inteligência que tenham planejado, instigado, ordenado ou promovido as violações.¹⁸⁵

Deve-se promover políticas específicas que determinem a remoção dos cargos dos juizes que estiverem associados ao regime repressivo, em especial aqueles que cometeram ou se omitiram em relação às violações de direitos humanos, ou ainda, que negaram direitos às vítimas.¹⁸⁶

Da mesma forma se deve proceder em relação aos atores não estatais que tenham perpetrado as violações, bem como aos governos estrangeiros que tenham dado apoio financeiro ou de outra natureza.¹⁸⁷

O Estado deve promover mecanismos internos de investigação, que possam apurar as violações de direitos humanos, ressaltando de forma bem acentuada a diferença existente entre o novo governo e o antigo, atribuindo as responsabilidades devidas.

Por certo, devem ser estes sistemas de veto proporcionais às violações e representativos de um compromisso a logo prazo com a paz e a reconciliação nacionais. Como se trata de uma medida administrativa de caráter punitivo, a aplicação das políticas de veto deve respeitar o devido processo legal, ou seja, todos aqueles que a ela forem submetidos devem ter amplo acesso às garantias processuais. Elas podem ser aplicadas no curso da persecução penal, quando constatada a responsabilidade do indivíduo.¹⁸⁸

¹⁸⁴ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 48-49.

¹⁸⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 58.

¹⁸⁶ RAIZMAN, Daniel Andrés. *Op. cit.*, p. 91.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 90.

¹⁸⁸ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 48-49.

1.2.5. Quinto Princípio: “Os Estados devem apoiar programas oficiais de conservação da memória em relação às vítimas, educar a sociedade sobre a violência política do passado e preservar a memória histórica”¹⁸⁹

O quinto princípio estabelece a necessidade de programas oficiais e iniciativas populares que promovam a preservação memória, transmitindo à sociedade o histórico dos abusos sofridos, também como forma de prevenção de violações futuras.

A preservação da memória deve ser promovida pelo Estado, por meio de atividades que se prestem a valorizar os sofrimentos pretéritos, reforçando a dignidade das vítimas, a sua luta em favor da preservação dos direitos humanos, estejam elas vivas ou não. A partir da valorização da memória nacional em relação às violações ocorridas pretende-se a reconciliação nacional, sob a premissa da não-repetição dos erros.¹⁹⁰

Assim, o processo de preservação da memória pode ser dar sob a forma da construção de memoriais que remetam ao histórico de violências sofridas, como estátuas homenageando as vítimas, museus, também a preservação de locais simbólicos (como antigas prisões, campos de concentração) e a instituição de datas comemorativas, re-nomeação de ruas de praças ou outros espaços públicos e a fomentação de atividades culturais e sociais que se pretendam à preservação da memória das violações e a promoção da proteção aos direitos humanos.¹⁹¹

Para que se torne profícuo este processo de preservação da memória, é necessário que haja engajamento social e político contínuo, além da participação das vítimas ou de organizações que as representem, de forma a demonstrar a sensibilização com os valores locais.¹⁹²

O Estado tem a responsabilidade de garantir que a memória sobre as violações pretéritas chegue a todos os setores sociais, para tanto, surge a necessidade sua disseminação pública, além de sua inclusão nos currículos escolares. A preservação memória referente às violações pode garantir que elas não

¹⁸⁹ “Principle 5: States should support official programs and popular initiatives to memorialize victims, educate society regarding past political violence, and preserve historical memory”.

¹⁹⁰ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 59.

¹⁹¹ RAIZMAN, Daniel Andrés. *Op. cit.*, p. 93.

¹⁹² BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 52.

mais ocorrerão, dando a possibilidade à sociedade de reescrever sua história, firmemente fundada nos valores de proteção aos direitos humanos.¹⁹³

1.2.6. Sexto Princípio: “Os Estados devem apoiar e respeitar as abordagens tradicionais, indígenas e religiosas sobre as violações do passado”¹⁹⁴

Devem os Estados, ainda, apoiar e respeitar abordagens tradicionais, indígenas e religiosas que se manifestem em relação às violações cometidas, geralmente ignoradas neste processo de transição.

As tradições indígenas e religiosas possuem um alto grau de legitimidade nos locais em que estão inseridas e geralmente se integram ao cotidiano das vítimas e de seus familiares, bem como da sociedade como um todo. Em que se pese tal fato, estas abordagens costumam ser ignoradas pelos Estados e Organizações Internacionais, apesar de, muitas vezes, haver uma maior identificação com elas por parte dos locais do que com os tribunais e instituições do governo.¹⁹⁵

Dentro de um contexto social, há uma variedade de enfoques tradicionais, indígenas e religiosos. Todavia, eles geralmente guardam similaridades em sua estrutura, procedimentos, conceitos e valores que derivam de alguns elementos fundamentais presentes na sociedade local. Entre eles, pode-se referir a estrutura de organização familiar, a identidade de grupo, a forma pela qual se estabelecem as relações de trabalho, as noções de solidariedade e as normas de conduta moral.¹⁹⁶

Deve-se reconhecer o passado de violência que envolve estes grupos, possibilitando que haja a expressão das violações pretéritas com de ações coletivas, rituais, cerimônias, invocação de histórias, preces, entre outros, para que seja respeitada a dignidade destes grupos, sua honra e prestígio.¹⁹⁷

Os Estados devem estabelecer espaços de aceitação das referidas abordagens no que se refere à estrutura própria de proteção aos direitos humanos que elas possuam. Muitas vezes essa estrutura se manifesta por meio de punições

¹⁹³ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 60-61.

¹⁹⁴ “Principle 6: States should support and respect traditional, indigenous, and religious approaches regarding past violations”.

¹⁹⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 61.

¹⁹⁶ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 54.

¹⁹⁷ RAIZMAN, Daniel Andrés. *Op. cit.*, p. 94.

simbólicas, pagamentos, reparações, decisões e processos. Todavia, todas estas manifestações devem ser realizadas de maneira cuidadosa, considerando-se sempre as disposições internacionais sobre direitos humanos.

Assim sendo, deve haver um esforço conjunto, entre Estado, sociedade civil, comunidade e outros entes nesta delicada tarefa, para que se torne possível a coexistência entre as abordagens tradicionais, indígenas e religiosas e o respeito às garantias processuais e as condições já consagradas de proteção aos direitos humanos.¹⁹⁸

1.2.7. Sétimo princípio: “Os Estados devem realizar mudanças institucionais para alcançar o Estado de Direito, restaurar a confiança pública, promover os direitos fundamentais e apoiar a boa governança”¹⁹⁹

Por fim, o último princípio determina que os Estados promovam reformas institucionais de apoio ao Estado de Direito, restaurando a confiança pública, além de promover um sistema de proteção de direitos fundamentais, apoiando a boa governança. Este talvez seja o princípio de maior amplitude no campo da realização, de sua concreção e traduz a firmação institucional no que diz respeito à aplicação dos demais princípios.

Assim sendo, inicialmente deve-se considerar a realização de uma reforma institucional com fins de democratização e promoção da defesa dos direitos humanos, aperfeiçoando a forma de governo e suas instituições. As metas da justiça de transição ou justiça pós-conflito.

Estas reformas devem se sempre precedidas de consultas públicas, que, obviamente, incluindo as vítimas, seus familiares, as comunidades e grupos afetados e a sociedade civil, além de uma adequada representação das mulheres e das minorias, principalmente quando tenham sido diretamente atingidos pelas violações de direitos humanos.²⁰⁰

¹⁹⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 61.

¹⁹⁹ “Principle 7: States shall engage in institutional reform to support the rule of law, restore public trust, promote fundamental rights, and support good governance”.

²⁰⁰ BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 56-57.

Deve fazer parte do programa de reforma da justiça pós-conflito e desarmamento a também o desmantelamento de milícias ou outros grupos armados. Além disso, é importante haver um esforço especial no sentido de reintegrar os jovens soldados, principalmente aqueles que forem menores de idade.²⁰¹

Em relação às forças de segurança, tanto militares, quanto policiais ou de inteligência, devem estar submetidas ao controle civil, participando, ainda, de programas de capacitação que as ponham em contato com os princípios de proteção aos direitos humanos. Os Estados devem, ademais, garantir a existência de leis que definam claramente as funções de defesa da soberania estatal e integridade do território e da sociedade exercida pelas forças armadas, forças policiais e serviços de inteligência, e, principalmente, leis que determinem seu caráter apolítico.²⁰²

O Estado deve proceder a uma reforma legal, reestruturando suas instituições para adequá-las existência de um Estado de Direito, fundado sobre bases democráticas. Esta reforma legal deve incluir a internalização de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e a modificação ou rejeição de leis que contribuam para a manutenção de violações a estes direitos e a garantia de existência de um sistema judiciário independente e respeitador das garantias fundamentais.²⁰³

É importante também a implementação de uma política de combate à corrupção, estimulando a transparência dos entes governamentais, especialmente no que diz respeito à aplicação dos mecanismos da justiça de transição, garantindo a responsabilização em relação às violações de direitos humanos ocorridas.²⁰⁴

Desta forma, pretende-se que os Estados fomentem uma política de integração entre os diversos mecanismos de proteção aos direitos humanos, desenvolvendo os aspectos econômicos e sociais que digam respeito à vida dos indivíduos, reduzindo e dirimindo conflitos entre os diversos grupos sociais.²⁰⁵

Assim, são estes os princípios sistematizados por BASSIOUNI, necessários à realização das metas da justiça pós-conflito, uma vez que, segundo o autor, a falta de diretrizes básicas torna difícil para os agentes nacionais e internacionais

²⁰¹ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 62.

²⁰² BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity...*p. 57-58.

²⁰³ *Ibid.*, p. 58.

²⁰⁴ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Guidelines...* p. 64.

²⁰⁵ RAIZMAN, Daniel Andrés. *Op. cit.*, p. 96.

determinarem de forma eficiente quais as estratégias e políticas mais eficazes para lidar com necessidades específicas de cada local, considerando seus aspectos sociais, políticos, culturais e econômicos.

2. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Uma das questões centrais da justiça de transição é a proteção dos direitos humanos, posto a observância de massivas violações destes, no contexto da ocorrência de um conflito armado, ou de repressão exercida por um regime autoritário, supressor dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, há de se notar que a realização da justiça de transição e a aplicação de seus princípios têm por fundamento uma série de instrumentos internacionais e regionais de proteção aos direitos humanos.

Neste capítulo, portanto, pretende-se apresentar a evolução desta proteção e suas características, além de evocar os instrumentos que, de forma direta ou indireta, são ou podem ser potencialmente utilizados como fundamento à resposta à violação de direitos humanos ocorridas no contexto do conflito armado ou da repressão política.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos se apresenta como o “conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para o desenvolvimento de sua personalidade e estabelece mecanismos de proteção de tais direitos”²⁰⁶.

Os direitos humanos surgem no cenário mundial após a Segunda Guerra Mundial, sendo momentos simbólicos do seu surgimento os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, a assinatura da Carta das Nações Unidas e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Os direitos humanos adquirem uma pluralidade de significados, sendo que seu desenvolvimento está ligado à evolução dos direitos naturais, estando associados a ideia de dignidade humana. São eles os direitos gerais de todos os seres da raça humana, sem distinção, sejam diferentes seu gênero, sua raça, sua religião ou qualquer outro aspecto.

Assim, os direitos humanos se tornam instrumento do homem para libertação da opressão e da dominação, fundados em pressupostos de igualdade e de liberdade, além do pressuposto político da submissão do poder às exigências da

²⁰⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 5.

razão e da lei. Segundo DOUZINAS²⁰⁷, o século XX é a era de consolidação destes direitos e, de maneira paradoxal, também a de testemunho de sua maior violação, sendo o século do massacre, do genocídio, da limpeza étnica e do holocausto.

O que se pode chamar de definição contemporânea dos direitos humanos foi introduzida pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que, como já dito, nasce como uma resposta às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra, um paradigma e um referencial ético a orientar a ordem internacional.²⁰⁸

A Declaração Universal foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, seguindo na sua forma e essência a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Os direitos proclamados pelos revolucionários documentos norte-americanos *Declaration of Independence* (1776) e *Bill of Rights* (1791) e o francês *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789) transformam-se em direitos humanos e sua jurisdição transcende a França e os Estados Unidos, expandindo-se para toda a humanidade.²⁰⁹

De acordo com BOBBIO²¹⁰, a Declaração de 1948 promove uma afirmação de direitos que é, ao mesmo tempo, universal e positiva:

universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

PIOVESAN²¹¹ ressalta a universalidade dos direitos humanos contida na Declaração, baseada na crença de que a condição de pessoa consiste no requisito único para a dignidade e a titularidade de direitos. Ainda, acrescenta o caráter de indivisibilidade, uma vez que a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e sociais, também se aplicando o inverso.

Buscou-se consolidar a ideia de que a preservação dos direitos humanos não se adstringe ao domínio do Estado, tampouco é de sua exclusiva jurisdição,

²⁰⁷ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 20.

²⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 92.

²⁰⁹ DOUZINAS, COSTAS. *Op. cit.*, p. 99.

²¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos...*, p. 30.

²¹¹ PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. In: *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro*. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

promovendo uma revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, uma vez que surge como possibilidade a intervenção em função da proteção dos direitos humanos. Surge também a noção de que o indivíduo possui direitos dignos de proteção na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.²¹²

Entre os vastos direitos que a Declaração contempla, pode-se destacar para o contexto da justiça de transição o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança pessoal; de não ser submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; de não ser arbitrariamente preso, detido ou exilado; a um julgamento justo, independente e imparcial; direito de asilo, estes, de maneira mais direta.

Todavia, mesmo considerando-se a totalidade dos direitos descritos na Declaração, ela não exaure o conteúdo dos direitos humanos. Isto porque, como afirma BOBBIO²¹³, eles representam o ponto de partida em um processo que não está de modo algum concluído, uma vez que os direitos humanos não são produto da natureza, mas da civilização humana e que, enquanto direitos históricos, são mutáveis, suscetíveis de transformação e ampliação.

O plano inicial a respeito da proteção aos direitos humanos, que veio a se concretizar mais tarde, era o da formação de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, da qual a Declaração seria sua primeira parte, a ser complementada por Convenções (posteriormente denominadas Pactos). Apenas 18 anos depois da Declaração que foram adotados os Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1966.²¹⁴

Eles foram resultado de vários anos de trabalho da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, sendo que havia duas propostas de realização: uma delas apresentava a reunião das duas categorias de direitos e a outra pretendia a separação entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos sociais, econômicos e culturais, de outro.

Eles foram elaborados no momento em que se perpetrava a Guerra Fria e no qual havia a divergências entre países ocidentais e países do bloco socialista no que diz respeito à auto-aplicabilidade destes direitos. Acabou prevalecendo a posição ocidental, que considerava os direitos civis e políticos como auto-aplicáveis e os

²¹² *Ibid.*, p. 18-19.

²¹³ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 32-34.

²¹⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol. I. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 57-58.

direitos sociais, econômicos e culturais como programáticos. As Nações Unidas, entretanto, seguiram reafirmando a indivisibilidade dos direitos humanos, uma vez que cada um deles é condição de existência do outro.²¹⁵

Os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foram adotados em 19 de dezembro de 1966, por meio da Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, que os abriu à assinatura e à ratificação ou adesão.

Eles reafirmam os direitos constantes na Declaração de 1948, estabelecendo o dever dos Estados em adotar medidas legislativas e administrativas que garantam a introdução nos ordenamentos jurídicos internos dos direitos e garantias fundamentais previstos.

Estes Pactos, juntamente com o Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos, consistiram em medidas de implementação dos direitos humanos já declarados, o que fez com que se acelerasse a generalização da proteção internacional aos direitos humanos e com que se desse a passagem da fase legislativa para a de efetivação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção.²¹⁶

A estes instrumentos de alcance geral, surgem instrumentos de alcance específico, que visam à proteção de um direito constante nos primeiros. São eles as Convenções internacionais, que buscam responder determinadas violações de direitos humanos, como a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948); a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Contra a Humanidade (1968); a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e o próprio Estatuto de Roma (1998).

Neste espaço de proteção aos direitos humanos, pode-se destacar três vertentes, que, de forma mais ampla, são consideradas como o sistema de proteção à pessoa, que não deixam de integrar o ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos: os direitos humanos, em si, o direito humanitário e o direito dos refugiados.

²¹⁵ LEITE, Antônio José Maffezoli; MAXIMIANO, Vitore André Zilio. *Pacto internacional dos direitos civis e políticos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado05.htm>>. Acesso em 22 março de 2011.

²¹⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op. cit.*, p. 62.

Para CANÇADO TRINDADE²¹⁷, parte-se de uma ênfase exagerada nas origens históricas destas vertentes para compartimentalizá-las em três ramos. Assim, a sua convergência seria tão evidente, que sequer caberia mais falar em vertentes ou ramos da proteção internacional da pessoa humana.

COMPARATO²¹⁸ define o direito humanitário como a primeira manifestação internacional dos direitos humanos, o direito de guerra e paz, que teve origem na obra de Hugo Grócio "*Ius Belli ac Pacis*", no início do século XVII e que, desde então, passou a dividir-se no *ius ad bellum*, o direito preventivo da guerra e no *ius in bello*, o direito da situação ou estado de guerra.

O direito humanitário, na concepção contemporânea, corresponde ao conjunto de disposições jurídicas de caráter internacional, podendo ser de forma escrita ou consuetudinária, que pretendam assegurar à pessoa todas as garantias relacionadas com a ordem pública, ou com as exigências militares, em tempo de guerra.²¹⁹ Para MELLO²²⁰, ele integra o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo um sub-ramo do Direito Internacional Público Positivo.

O direito humanitário, em sentido estrito, é o chamado Direito de Genebra. Ele se estabelece por meio das chamadas Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais. A Convenção de 1864 dispunha, entre outras coisas, sobre o respeito aos militares feridos ou doentes, sem discriminação, determinando ainda a proteção de ambulâncias e hospitais, que deveriam ser identificados com uma cruz vermelha em fundo branco. A Convenção de 1906 estendeu as obrigações anteriores às forças navais. A seguinte, de 1929, definiu o tratamento dos prisioneiros de guerra. A quarta Convenção, de 1949, definiu a proteção dos civis, inclusive em territórios ocupados.

Os Protocolos estabelecem à proteção das vítimas de conflitos armados internacionais, considerando que conflitos armados contra a dominação colonial, ocupação estrangeira ou regimes racistas devem ser considerados como conflitos internacionais (Protocolo I) e a mesma proteção anterior é estendida aos conflitos armados não internacionais (Protocolo II). O terceiro Protocolo estabelece mais um símbolo universal de assistência às vítimas de conflitos armados.

²¹⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op. cit.*, p. 340.

²¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 60.

²¹⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional...*, p. 7.

²²⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. Vol 1. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 137.

Sobressai, portanto, a sua relação com a ocorrência da guerra, que não significa, por sua vez, o direito referente aos comportamentos nas hostilidades, ou aos limites e meios para se enfrentar o inimigo, mas se trata de um direito humanitário da guerra, dispondo sobre militares feridos, prisioneiros de guerra e pessoas civis em casos de conflito armado.²²¹

O direito dos refugiados consiste, em linhas gerais, em restabelecer os direitos humanos mínimos dos indivíduos ao saírem de seu país de origem, dando uma resposta às pessoas que se encontravam deportadas, desabrigadas, perseguidas e vítimas de fome e das enfermidades.²²²

Para PIOVESAN²²³, a proteção internacional dos refugiados deriva da mesma base filosófica que a proteção internacional dos direitos humanos, tendo como fundamento a universalidade desta. Assim, a própria condição de refugiado violaria os direitos estabelecidos na Declaração Universal de Direitos Humanos e tem direta relação com o direito de asilo, por ela estabelecido.

A proteção dos refugiados baseia-se na premissa de que os refugiados, como qualquer outra pessoa, são sujeitos titulares de direitos humanos. Mais do que isso, a sua condição já deriva de uma violação ulterior de direitos humanos, como o direito à liberdade e à igualdade e o direito de não sofrer perseguição por raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas.²²⁴ Assim, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, também vem a reafirmar os direitos estabelecidos na Declaração Universal, devendo ser interpretado em harmonia com todos os outros tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

Portanto, todos os instrumentos neste tópico referidos fazem parte do sistema internacional de proteção à pessoa humana, consistindo, efetivamente em manifestações da comunidade internacional em relação à proteção dos direitos humanos, de uma maneira geral.

Ao lado deste direito global de proteção aos direitos humanos, há os chamados sistemas regionais, que buscam internacionalizar os direitos humanos no plano regional, reafirmando-os por meio de instrumentos também regionais. São

²²¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional...*, p. 7.

²²² RAIZMAN, Daniel Andrés. *Op. cit.*, p. 19-20.

²²³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos...*, p. 124.

²²⁴ *Loc. cit.*

eles o Sistema Europeu, Interamericano e Africano de Proteção aos Direitos Humanos, complementares ao sistema global.²²⁵

2.1. O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

Os sistemas regionais, como visto, apresentam uma função complementar ao sistema global, não havendo exclusão entre este e aqueles. Há que se considerar que a atuação em uma escala reduzida de proteção pode vir a ser de mais fácil realização, uma vez que há um número menor de Estados envolvidos, tornando-se mais fácil o consenso político.

Muitas regiões são relativamente homogêneas, no que diz respeito à cultura, à língua e às tradições, assim, seus valores históricos e suas peculiaridades podem ser refletidos de maneira mais autêntica e traduzidos mais fielmente para os instrumentos regionais de proteção, o que resulta em uma aceitação mais espontânea.²²⁶

Como organização internacional regional americana, temos a Organização dos Estados Americanos (OEA), cujas origens remontam à Primeira Conferência Internacional Americana, realizada em Washington, entre 1889 e 1890, tendo sido aprovada a União Internacional das Repúblicas Americanas. A Carta da OEA foi assinada em Bogotá, em 1948, entrando em vigor em dezembro de 1951. Posteriormente, foi reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, em 1967; pelo Protocolo de Cartagena das Índias, em 1985; pelo Protocolo de Manágua, em 1993 e pelo protocolo de Washington, em 1992.²²⁷

Ela é composta por todos os 35 Estados independentes das Américas e tem como objetivo principal o estabelecimento de “uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania,

²²⁵ Adicionalmente, há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema regional asiático. Sobre o tema: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional...*, p. 249-250.

²²⁷ OEA (Organização dos Estados Americanos). *Quem somos*. Disponível em: <www.oas.org>. Acesso em 14 de julho de 2011.

sua integridade territorial e sua independência”²²⁸, sendo parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Em que se pese a Carta da das Nações Unidas fazer expressa menção à realização de acordos regionais com vistas à paz e à segurança internacionais, a mesma disposição se apresentou naquele momento em relação à cooperação no que concerne à proteção aos direitos humanos. Apenas em 1977, na Resolução 32/127 da Assembleia Geral, houve o estímulo expresso

[a]os Estados, em áreas em que acordos regionais de direitos humanos não existem, a considerar a possibilidade de firmar tais acordos, com vista a estabelecer em sua respectiva região um sólido aparato regional para a promoção e proteção dos direitos humanos.²²⁹

Em 1950, o Conselho da Europa já havia adotado a Convenção Europeia de Direitos Humanos, sendo que a Convenção Americana de Direitos Humanos também já havia sido adotada em 1969, em San José da Costa Rica, entrando em vigor em julho de 1978, quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado.

Mais tarde, inaugurou-se, de acordo com CANÇADO TRINDADE²³⁰, uma nova etapa de consolidação do sistema interamericano, a partir dos anos 1980, com a construção jurisprudencial da Corte, com a edição dos dois Protocolos à Convenção Americana e com a edição das Convenções setoriais.

Assim, além da Convenção Americana de Direitos Humanos, possui o sistema interamericano outros dois instrumentos de proteção que podem ser inseridos no contexto de realização da justiça de transição, que são a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, que complementam e reafirmam os direitos estabelecidos na Convenção.

2.1.1 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos

²²⁸ Artigo 1º da Carta da Organização dos Estados Americanos.

²²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional...*, p. 249-250.

²³⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção*. In: *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro*. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 129-130.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica é o instrumento de maior importância no sistema interamericano. Ela estabelece uma série de dispositivos que visam a assegurar o respeito aos direitos humanos de toda pessoa, não em razão de pertencer ela a determinada nacionalidade, uma vez que os atributos a ela inerentes são suficientes para justificar a proteção internacional.

Ela, se forma substancial, assegura e reconhece os direitos civis e políticos, de maneira semelhante às disposições do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Assim, dentre vários, a Convenção assegura o direito a não ser submetido à escravidão; o direito à liberdade; o direito a um julgamento justo; o direito à compensação no 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 liberdade de associação; o direito à nacionalidade; o direito à liberdade de movimento e residência; o direito de participar do governo; o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.²³¹

Os primeiros dois artigos da Convenção referem-se à obrigação dos Estados em respeitar os direitos nela contidos e, além disso, de assegurar o seu exercício, tornando-os realmente efetivos, adotando medidas legislativas ou de outra natureza que sejam necessárias para tanto.

Assim, um Estado tem obrigações positivas e negativas em relação à Convenção. Como exemplo de obrigação negativa, há o dever do Estado de garantir à liberdade pessoal, que é violada na hipótese de desaparecimento forçado. Contudo, há a obrigação positiva da adoção de medidas necessárias para assegurar o pleno exercício destes direitos: ainda que não sejam seus agentes responsáveis pelos desaparecimentos, o Estado falhou na proteção dos indivíduos contra a ilegalidade.²³²

Buscando-se uma análise destes direitos a partir da justiça de transição e, de forma mais específica, da responsabilização penal pelas violações de direitos humanos ocorridas no âmbito latino-americano, alguns destaques são feitos a seguir em relação às disposições da Convenção, em especial, destacando os casos argentino e brasileiro, objetos do capítulo seguinte.

²³¹ PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano...*, p. 30.

²³² *Loc. cit.*

Alguns destes direitos e deveres guardam direta relação com a existência de leis de anistia, uma vez que estas têm como caráter básico o esquecimento, o perdão de crimes praticados durante os regimes militares latino-americanos, chocando-se com as disposições da Convenção.

O desrespeito mais flagrante a estas disposições, que encontra amparo através da edição das leis de perdão, emerge da violação aos seus artigos 4º, 5º e 7º, que tutelam, respectivamente, o direito à vida, à integridade e à liberdade pessoal.

Estes delitos contemplados eram, fundamentalmente, desaparecimentos forçados, torturas, detenções clandestinas e execuções ilegais. Ocorre que, na Argentina, como em outros casos de ditadura sul-americanos, a maior parte das vítimas deveu-se ao aparato repressor²³³ e não às ações de resistência ao regime autoritário.

Neste contexto, é importante mencionar os artigos 1º e 2º da Convenção, que trazem a obrigação de respeitar os direitos e o dever de adotar as disposições de direito interno. São seus dispositivos norteadores, preceitos básicos, de impossível coexistência com a anistia.

De acordo com a Convenção, pode-se depreender que a busca da harmonia e a pacificação social em uma reconstrução nacional pós-ditadura, representada pela edição das leis de olvido, choca-se com a obrigação dos Estados de garantir o pleno exercício dos direitos civis, políticos ou de outra ordem daqueles que se sujeitam à sua jurisdição.

Como se nota, o fato de ser um Estado signatário da Convenção Americana transforma a edição de leis que impeçam a persecução das violações aos direitos humanos cometidas em seu território um ato de responsabilidade internacional, incompatível com as obrigações assumidas.

E, ainda, esta produção legislativa significa a criação de um obstáculo impeditivo da utilização dos mecanismos de direito interno para a investigação e sanção das condutas que violam tais direitos e liberdades.

Esta obrigação de respeitar os direitos estabelecidos na Convenção deve ser cumprida pelos Estados de maneira efetiva, sob pena de atuação da jurisdição da

²³³ BERISTAIN, Carlos Martín. *Reconciliación y democratización en América Latina: un análisis regional*. In: *Verdad, justicia y reparación*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2005, p. 55.

Corte Interamericana, uma vez que os Estados, ao firmarem-na, reconhecem sua competência contenciosa. Desta forma, há que se considerar que a mera alegação de haver meios legalmente instituídos no direito interno para se obter tal proteção não significa o respeito às disposições da Convenção, posto que não há o gozo efetivo dos direitos por parte dos indivíduos.

O argumento de haver meios no direito interno para a proteção dos direitos foi diretamente rechaçado na decisão do caso que a seguir é narrado, *Velasquez Rodríguez Vs. Honduras*. A experiência argentina, por sua vez, relata a inexistência de uma resposta frente às pretensões dos familiares das vítimas do terrorismo de Estado de localizá-los, que, invariavelmente, restavam infrutíferas. Foram apresentados mais de 80.000 pedidos de *habeas corpus* que, na maioria, foram negados ou aos quais não houve prosseguimento das investigações.²³⁴

As outras disposições da Convenção Americana, frontalmente prejudicadas pela existência das leis de anistia, estão consignadas em seus artigos 8º e 25. O artigo 8º define as garantias judiciais que todos os Estados devem fazer cumprir.

Destaca-se o direito de toda pessoa a ser ouvida por um juiz ou tribunal competente, para que sejam determinados seus direitos, de qualquer natureza. A anistia impossibilita, por exemplo, que familiares de desaparecidos ou que vítimas das torturas e detenções ilegais busquem em juízo a responsabilização dos agentes realizadores dos delitos, através de uma condenação penal.

Neste ponto, o artigo 25 da Convenção é mais específico, ao determinar proteção judicial, correspondente ao direito de toda pessoa de ter acesso a um recurso judicial, qualquer que seja ele, que garanta o respeito de direitos fundamentais reconhecidos por lei, pela Constituição de seu país ou pela própria Convenção.

Reafirmando, ainda que tenha existido em algum momento do regime autoritário a possibilidade de impetração de *habeas corpus*, por exemplo, ou ainda que ela nunca tivesse sido suprimida, a impossibilidade de apontar a autoridade coatora e a localização do indivíduo, comuns no caso da detenção clandestina, tornam esse remédio constitucional absolutamente inócuo, o que significa também o desrespeito ao dispositivo da Convenção.

²³⁴ TAPPATÁ DE VALDEZ, Patricia. *Op. cit.*, p. 90.

Os Estados, ao firmarem-na, assumem o compromisso de respeitar as disposições nela contidas. A seguir são relacionados os países americanos e sua eventual assinatura, ratificação ou adesão, depósito, aceitação da competência da Corte e da competência da Comissão²³⁵.

Países signatários	Assinatura	Ratificação / Adesão	Depósito	Aceitação da competência da Corte	Aceitação da competência da Comissão
Antígua e Barbuda	/ /	/ /	/ /	/ /	-
Argentina	2/2/1984	08/14/84	09/05/84 RA	9/5/1984	9/8/1984
Bahamas	/ /	/ /	/ /	/ /	/ /
Barbados	06/20/78	11/5/1981	11/27/82 RA	0/04/00	/ /
Belize	/ /	/ /	/ /	/ /	/ /
Bolívia	/ /	06/20/79	07/19/79 AD	07/27/93	/ /
Brasil	/ /	7/9/1992	09/25/92 AD	12/10/1998	/ /
Canadá	/ /	/ /	/ /	/ /	/ /
Chile	11/22/69	8/10/1990	08/21/90 RA	08/21/90	08/21/90
Colômbia	11/22/69	05/28/73	07/31/73 RA	06/21/85	06/21/85
Costa Rica	11/22/69	3/2/1970	04/08/70 RA	7/2/1980	7/2/1980
Dominica	/ /	6/3/1993	06/11/93 RA	/ /	/ /
El Salvador	11/22/69	06/20/78	06/23/78 RA	6/6/1995	/ /
Equador	11/22/69	12/8/1977	12/28/77 RA	07/24/84	08/13/84
Estados Unidos	6/1/1977	/ /	/ /	/ /	/ /
Grenada	07/14/78	07/14/78	07/18/78 RA	/ /	/ /
Guatemala	11/22/69	04/27/78	05/25/78 RA	3/9/1987	/ /
Guiana	/ /	/ /	/ /	/ /	/ /
Haiti	/ /	09/14/77	09/27/77 AD	03/20/98	/ /
Honduras	11/22/69	9/5/1977	09/08/77 RA	9/9/1981	/ /
Jamaica	09/16/77	07/19/78	08/07/78 RA	/ /	8/7/1978
México	-	3/2/1981	03/24/81 AD	12/16/98	/ /
Nicarágua	11/22/69	09/25/79	09/25/79 RA	2/12/1991	2/6/2006
Panamá	11/22/69	5/8/1978	06/22/78 RA	5/9/1990	/ /
Paraguai	11/22/69	08/18/89	08/24/89 RA	03/26/93	/ /
Peru	07/27/77	7/12/1978	07/28/78 RA	01/21/81	01/21/81
República Dominicana	9/7/1977	01/21/78	04/19/78 RA	03/25/99	/ /
Saint Kitts e Nevis	/ /	/ /	/ /	/ /	/ /
Santa Lúcia	/ /	/ /	/ /	/ /	/ /
São Vicente e Granadinas	/ /	/ /	/ /	/ /	/ /
Suriname	/ /	11/12/1987	11/12/87 AD	11/12/1987	/ /
Trinidad e Tobago	/ /	4/3/1991	05/28/91 AD	05/28/91	/ /

²³⁵ CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos). *Países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em: 14 de julho de 2011.

Uruguai	11/22/69	03/26/85	04/19/85 RA	04/19/85	04/19/85
Venezuela	11/22/69	06/23/77	08/09/77 RA	04/24/81	8/9/1977

AD = Adesão RA = Ratificação

A efetivação dos direitos previstos na Convenção se dá por meio da atuação de um órgão de jurisdição internacional, em âmbito regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos que, juntamente com a Comissão, tem o escopo de promover a proteção dos direitos humanos na região.

2.1.2. A jurisdição interamericana: a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada para promover o respeito aos direitos humanos pelos países signatários da Convenção Americana. Tem como funções, dentre outras, proceder à elaboração de recomendações aos governos, preparar estudos e relatórios sobre a situação dos direitos humanos, promover investigações *in loco* e solicitar informações aos Estados membros. Qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental legalmente reconhecida pode peticionar à Comissão sobre casos de violação às disposições da Convenção.²³⁶

No sistema interamericano, o indivíduo tem a capacidade processual para apresentar uma demanda relativa à violação de direitos humanos à Comissão, não podendo ser feito diretamente à Corte. Esta somente recebe um requerimento se for oriundo da Comissão ou de algum dos Estados-partes na Convenção.²³⁷

A Comissão, ao tomar conhecimento destas violações, pede informações ao Estado no qual se supõe que elas tenham ocorrido, devendo ser prestadas no prazo por ela estabelecido. Recebidas estas informações e comprovadas as violações,

²³⁶ DULITZKY, Ariel E.; GALLI, Maria Beatriz. *A comissão interamericana de direitos humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. In: *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro*. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 61-62.

²³⁷ DULITZKY, Ariel E.; GALLI, Maria Beatriz; KRSTICEVIC, Viviana. *A corte interamericana de direitos humanos: aspectos procedimentais e estruturais de seu funcionamento*. In: *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro*. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 82.

pode se chegar a uma composição amistosa, fundada no respeito aos direitos humanos. Na hipótese desta solução amigável não ser possível, a Comissão elaborará um relatório, a ser enviado ao Estado membro, expondo suas conclusões. A partir do recebimento, inicia-se o prazo de três meses para que seja solucionado o assunto, ou submetido, por fim, à apreciação da Corte.

Desta forma, o procedimento preliminar na Comissão é condição indispensável ao julgamento dos casos pela Corte. A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judicial autônoma, estabelecida em 1979, pela Organização dos Estados Americanos, com o escopo de fazer aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros tratados internacionais que versem sobre o tema.²³⁸

Ela faz parte, portanto, junto a outros organismos internacionais, do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. De acordo com MÉNDEZ, é uma forma de se permitir que um órgão externo faça juízos sobre o respeito aos direitos humanos no território dos Estados. Para que isto seja possível, portanto, há a cessão de parte de sua soberania.²³⁹

A Corte exerce sua jurisdição em relação aos casos de violação dos direitos e deveres estabelecidos na Convenção. Entretanto, para que ela possa conhecer quaisquer deles, é necessário que tenha havido o esgotamento do procedimento preliminar, que é realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Em suas decisões, ao constatar a infração a direito ou liberdade consolidado na Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo dos mesmos e que seja reparado o prejuízo através do pagamento de indenização. Tem, ainda, a prerrogativa de tomar as medidas provisórias que julgar pertinentes, nos casos de gravidade e urgência, para evitar a superveniência de dano irreparável.

A sentença exarada pela Corte é inapelável e definitiva, podendo, entretanto, a pedido dos Estados partes, ser interpretada pela mesma, nas hipóteses de divergência sobre seu alcance ou sentido. Com o reconhecimento de sua jurisdição contenciosa, contemplado pela assinatura e posterior ratificação da Convenção, os Estados se comprometem a cumprir suas decisões.

²³⁸ Artigo 1º do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos - *Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembléia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979.*

²³⁹ MÉNDEZ, Juan E. *Justicia penal em el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Disponível em: < <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=839247>>. Acesso em 12 de agosto de 2010. p. 81.

Estas decisões, além de assegurarem o respeito aos direitos relativos aos casos que são objeto de apreciação pela Corte, assumem grande importância no contexto geral de proteção aos direitos humanos, pois têm sido utilizadas como precedentes, inclusive no exercício da jurisdição interna dos países, sendo recorrentemente citadas na fundamentação das decisões de seus tribunais.

A seguir, serão relatadas duas de suas decisões, que demonstram indiscutíveis avanços no campo do direito internacional e que se destacaram por determinarem as diretrizes a serem tomadas nas hipóteses de violação aos direitos humanos.

2.1.2.1. *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*²⁴⁰

O caso *Velásquez Rodríguez* contra Honduras, resolvido pela Corte, trata dos fatos envolvendo o desaparecimento do estudante hondurenho Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, em 12 de setembro de 1981. Segundo denúncia oferecida perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o mesmo foi preso de maneira violenta, sem ordem judicial, por elementos pertencentes a órgãos das Forças Armadas de Honduras e submetido a interrogatório através de torturas, por ser acusado de supostos crimes políticos.

A Comissão, precedendo ao encaminhamento do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, solicitou, por diversas vezes, manifestação de governo de Honduras, para que o mesmo, através das informações pedidas, pudesse trazer a lume esclarecimentos sobre o episódio. Em se mantendo o governo silente, por aplicação do art. 42 da Convenção Americana, foram presumidos verdadeiros os fatos apresentados.

Assim sendo, a Comissão levou à Corte o governo de Honduras, em 24 de abril de 1986, por infração aos artigos 4º, 5º e 7º da Convenção, que correspondem ao direito à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, respectivamente.

²⁴⁰ CORTEIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos). *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc>. Acesso em 15 de setembro de 2010.

O governo argüiu exceções preliminares, todas rejeitadas pela Corte, exceto a referente ao não esgotamento dos recursos de jurisdição interna, que deve preceder o alcance da internacional, exceção esta cuja discussão foi transferida ao momento da resolução do mérito.

A Corte se considerou competente para julgar o caso, uma vez que o governo de Honduras havia ratificado a Convenção, o que significa reconhecer sua competência contenciosa.

Foram admitidas provas testemunhais, onde diversas pessoas relataram a existência entre os anos de 1981 e 1984 de numerosos casos de desaparecimentos imputados às Forças Armadas de Honduras, ou realizados com a aquiescência do governo; bem como a inexistência no direito interno de recursos suficientes ou hábeis a proteger as pessoas seqüestradas e desaparecidas. Houve, ainda, testemunhas que depuseram especificamente sobre o desaparecimento de Manfredo Velásquez. Quanto ao depoimento dos militares hondurenhos, a Corte decidiu recebê-los em audiência privada, realizada na presença das partes.

Em razão de ameaças dirigidas às testemunhas e mesmo o assassinato de três delas, por grupos de homens armados, a Corte houve por bem tomar certas medidas provisórias, dispondo que o governo de Honduras adotasse todos os procedimentos necessários à prevenção de novos atentados e à investigação dos crimes, com a identificação dos culpados e conseqüente aplicação das sanções previstas no direito interno.

Em relação à exceção proposta pelo governo, sobre o não esgotamento dos recursos internos, a Comissão argumentou que os mesmos não eram eficazes à solução dos casos ocorridos na época. Quanto à hipótese específica de Manfredo Velásquez, apresentou aqueles que foram utilizados, sem sucesso: três impetrações de *habeas corpus* e duas denúncias oferecidas perante o juízo criminal de Honduras.

Para análise da questão, a Corte se utilizou da regra disposta no art. 46.1.a da Convenção, que determina ser necessária à admissão de uma denúncia pela Comissão a interposição e o esgotamento de todos os recursos inerentes à jurisdição interna, em conformidade com os princípios do Direito Internacional. O que dá a prerrogativa ao Estado de resolver o problema segundo seu direito interno.

O inciso 2 deste dispositivo, entretanto, excetua a sua aplicação quando não existir na legislação interna o devido processo legal, necessário a salvaguardar os

direitos violados; quando não se houver permitido o acesso aos recursos e seu esgotamento; ou quando ocorrer um retardamento injustificado da decisão dos mesmos.

A Comissão se manifestou no sentido de que eles não se mostraram idôneos a corrigir os abusos, tampouco a fazer aparecerem as pessoas seqüestradas. Um procedimento de caráter civil, como a presunção de morte por desaparecimento, que tem efeitos sucessórios e de dissolução do vínculo conjugal, não é apto a localizar o indivíduo ou conseguir a sua liberação, caso esteja detido. O *habeas corpus*, que normalmente desempenharia esta última função, também não se mostrava suficiente, pois é necessário à sua impetração que se determine o local em que a pessoa está detida, que se indique a autoridade coatora – procedimento absolutamente inviável na hipótese de desaparecimentos.

Estes argumentos foram expostos pela Comissão, como forma de afirmar que de fato ocorreu o esgotamento de todas as possibilidades de jurisdição interna, sem que se produzisse qualquer resultado. Se existiam os recursos, eles eram ineficazes, seja devido à clandestinidade das prisões, seja pelos óbices formais impostos ao seu acesso e aplicabilidade ou mesmo por ameaças feitas contra advogados e juízes.

Alegou a Comissão, ainda, que alguns dos “reaparecimentos” de indivíduos seqüestrados se deram por outras circunstâncias, sem qualquer ligação com o governo de Honduras, tais como a intervenção de missões diplomáticas ou a ação de organismos de proteção aos direitos humanos.

Desta forma, considerando como válidos e comprovados os argumentos, a Corte decidiu rechaçar esta exceção preliminarmente oposta pelo Estado de Honduras.

Quanto ao mérito pendente de apreciação, a Comissão, através de prova testemunhal e documental apresentou as seguintes conclusões: que existiu, entre os anos de 1981 e 1984, uma prática sistemática de desaparecimentos, com o amparo ou tolerância do poder público e que Manfredo Velásquez foi vítima desta prática, tendo sido seqüestrado e presumivelmente torturado, executado e enterrado em cemitério clandestino, por agentes das Forças Armadas de Honduras.

A Corte reconheceu a seriedade que permeia estas alegações feitas contra um Estado, considerando que deve se chegar a conclusões consistentes sobre as práticas narradas, através de uma equânime valoração das provas. Por outro lado,

sustentou que nos tribunais internacionais - e mesmo nos internos - a prova direta não é a única em que se pode fundar uma sentença. A prova circunstancial, os indícios e as presunções também podem e devem ser apreciados, quando significativo e concludente seu valor probante.

Alertou, ademais, que a proteção internacional dos direitos humanos não se confunde com a justiça penal e que não é o objetivo impor penas aos culpados, mesmo porque se apresentam como partes os Estados acusados de violação. O escopo dos julgamentos é apurar a responsabilidade e, se for o caso, promover o amparo às vítimas e a reparação dos danos que lhes foram causados.

É o Estado quem tem à sua disposição os meios necessários à averiguação dos fatos que ocorrem em seu interior. Não é admissível que, contra os depoimentos prestados pelas testemunhas acerca dos desaparecimentos, se oponha a acusação de que incorreram em ato de deslealdade contra seu país.

Na sentença dada ao caso, portanto, a Corte reconheceu a prática dos seqüestros e desaparecimentos no período a que se refere a denúncia da Comissão, realizados por homens armados, que atuavam com aparente impunidade, sendo de conhecimento comum que estes eram agentes integrantes das Forças Armadas de Honduras; que as vítimas eram consideradas pelo Estado como perigosas à segurança nacional, sendo interrogadas e submetidas à tortura, mortas e clandestinamente sepultadas; que as autoridades militares e o governo compactuaram ou foram omissos quanto aos acontecimentos. Quanto a Manfredo Velásquez, reconheceu que, por ser estudante envolvido em questões políticas de oposição, era considerado como perigoso, tendo desaparecido nestas circunstâncias; que o governo se mostrou omissos em sua busca e todos os recursos para localizá-lo infrutíferos.

A Corte afirmou serem os desaparecimentos uma complexa e continuada violação dos direitos humanos, concernentes à vida, à liberdade e integridade pessoais, constituindo um crime contra a humanidade.

Ante a todas estas constatações, incidiu o governo de Honduras nos artigos elencados na peça acusatória oferecida pela Comissão (artigos 4º, 5º e 7º da Convenção Americana), infringindo, ainda, o art. 1º, que trata da obrigação de todos os Estados em respeitar os direitos e liberdades das pessoas que estão sob sua jurisdição e também o art. 2º, que se refere à prevenção, investigação e punição dos responsáveis pelas violações.

Neste ponto, foi reconhecido o princípio de Direito Internacional da identidade ou continuidade do Estado, que é objetiva e subsiste, independentemente das trocas de governo no decorrer do tempo.

Portanto, o Estado de Honduras foi considerado responsável pelo desaparecimento de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, sendo condenado ao pagamento de uma indenização compensatória aos familiares da vítima, em sentença proferida em 29 de julho de 1988. Este foi o primeiro caso decidido pela Corte, trazendo, desta forma, uma série de orientações da forma pela qual seriam decididas as violações aos direitos humanos.

Ficaram nesta decisão definidas quatro obrigações às quais se sujeita o Estado: a de tomar medidas para prevenir as violações aos direitos humanos; a de conduzir as investigações quando essas violações ocorrerem; a de impor sanções aos responsáveis pelas violações e a de garantir a reparação às vítimas.

Vários outros casos constituem importantes precedentes internacionais: o que se relata a seguir é particularmente importante quanto à opinião da Corte sobre a edição e os efeitos das leis de anistia e sua incompatibilidade com as disposições da Convenção Americana.

2.1.2.2. *Barrios Altos Vs. Peru*²⁴¹

O Caso *Barrios Altos* contra a República do Peru trata dos fatos ocorridos em determinada região da capital Lima, conhecida como *Barrios Altos*, em 03 de novembro de 1991, onde seis indivíduos fortemente armados invadiram uma residência, chegando ao local em um automóvel com luzes e sirenes policiais. Os agentes ordenaram às pessoas que se encontravam no local que se deitassem no chão e atiraram indiscriminadamente, matando 15 delas e ferindo gravemente outras quatro.

Apurou-se, mais tarde, que os responsáveis pelo massacre faziam parte da inteligência militar peruana, compondo o esquadrão de eliminação conhecido como

²⁴¹ CORTEIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos). *Barrios Altos Vs. Peru*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.doc>. Acesso em 20 de agosto de 2010.

Grupo Colina, que possuía um próprio esquema “anti-subversivo”. O seu objetivo era o de reprimir as atividades do *Sendero Luminoso*, classificado pelo governo Fujimori como terrorista.

Menos de duas semanas após o ocorrido, foi criada uma comissão do Senado para sua apuração, que não conseguiu concluir as investigações, em razão da dissolução do Congresso, no auto-golpe, em 05 de abril de 1992. O caso só foi revisto em 1995, quando cinco oficiais do exército foram denunciados pelos feitos, chegando à justiça comum. Por se tratar de militares em exercício, os tribunais militares peticionaram ante a Corte Suprema, no sentido de atrair pra si a competência para exercer a jurisdição sobre o caso.

Todavia, antes que a questão pudesse ser apreciada, houve a edição da Lei nº 26.479, uma lei de anistia, isentando de responsabilidade os militares, policiais e também civis, que houvessem cometido, entre 1980 e 1995, violações a Direitos Humanos, ou que houvessem participado das mesmas. O projeto de lei não foi anunciado ou debatido, mas aprovado da maneira que se apresentou, em 14 de junho de 1995, passando a vigor no dia seguinte.

A juíza recusou-se a aplicar a referida lei, considerando-a como uma violação das garantias constitucionais e obrigações internacionais que a Convenção Americana impunha ao Peru. O Congresso, entretanto, aprovou uma segunda lei (Lei nº 26.492), que determinou a impossibilidade dos juízes se pronunciarem sobre a legalidade ou aplicabilidade da lei de anistia e, ainda, ampliou o seu alcance para as hipóteses em que os agentes ainda não houvessem sido denunciados.

Desta forma, a decisão da juíza foi reformada em instância superior, baseada no princípio da separação de poderes, que a mesma haveria violado; tendo sido ela, ainda, investigada pelo órgão judicial de controle interno, por interpretação errônea da lei.

Em que se pese o seu arquivamento pela jurisdição nacional, o caso chegou à Corte Interamericana a partir de demanda apresentada pela Comissão, em 08 de junho de 2000, devido à violação, pelo Estado do Peru, de artigos da Convenção. O artigo 4º, que diz respeito ao direito à vida, teria sido violado em prejuízo dos 15 mortos e o artigo 5º, que trata da proteção à integridade física, em prejuízo dos quatro feridos.

Solicitou a Comissão à Corte que determinasse ao Estado peruano a reabertura das investigações acerca do ocorrido; a derrogação ou determinação de

ineficácia das leis de anistia peruanas (Lei nº 26.479 e Lei nº 26.492); além da reparação pelos danos morais e materiais sofridos e os gastos despendidos para o litígio da questão, tanto no âmbito interno quanto no caso apresentado à Corte.

O Estado do Peru reconheceu a sua responsabilidade internacional em relação aos fatos ocorridos e o direito das vítimas à verdade, justiça e justa reparação, manifestando-se no sentido de conseguir uma solução amistosa para a questão. Desta forma, em 14 de março de 2001, foi celebrada uma audiência pública, com representantes do Peru e da Comissão Interamericana.

Nesta audiência, o Governo peruano propôs a subscrição de um acordo para realizar a composição. Nele, reconhece a violação dos artigos da Convenção já mencionados, que tutelam o direito à vida e à integridade física e ainda, dos artigos 8º e 25, que dizem respeito à omissão do Estado na realização de uma investigação exaustiva e sanção aos responsáveis pelos feitos que constituírem violação aos direitos nela estabelecidos.

Comprometeu-se à identificação e responsabilização dos agentes que tiverem cometido os crimes apurados, através da remoção dos obstáculos processuais existentes, com especial referência às leis de anistia.

A Comissão elogiou a atitude do Peru, que constitui uma oportunidade de avanço na proteção internacional dos direitos humanos, a partir de medidas de direito interno que impeçam a continuação de uma conjuntura de impunidade. Isto porque não se trata apenas de execuções extrajudiciais praticadas por agentes do Governo que atuavam de forma clandestina e ilegal, mas de uma imposição deliberada de mecanismos legislativos e judiciais que impeçam a persecução dos feitos.

Frente à submissão do Estado demandado às pretensões da parte demandante, a Corte considerou finda a controvérsia, e por admitidos como responsabilidade do mesmo os feitos narrados no decorrer da demanda.

Quanto às leis de anistia, considerou que violaram especificamente os artigos 1º, 2º, 8º e 25 da Convenção, que tratam da obrigação de respeitar os direitos nela consignados; do dever de adotar as disposições de direito interno que assegurem o seu exercício; do dever de garantia judicial, como permitir que o indivíduo seja ouvido por um juiz em sua demanda e do direito à proteção judicial.

Por total incompatibilidade com as disposições contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, declarou a Corte carecem estas leis de efeitos

jurídicos, tanto para o caso em questão, quanto para as demais violações de direitos humanos ocorridas no Peru.

Desta forma, além de proceder à reparação às vítimas e aos seus familiares, a Corte declarou que o Estado peruano tem o dever de apurar as violações referidas, sancionando os seus responsáveis.

2.1.2.3. Relevância das decisões mencionadas no contexto da responsabilização penal

O caso *Velásquez Rodríguez* contra o Estado de Honduras é de grande relevância não só em relação às leis de anistia, mas a toda a consolidação do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, uma vez que foi o primeiro caso contencioso decidido pela Corte, sendo sua sentença de mérito do ano de 1988.

Pelas explicações anteriores nota-se sensível distinção entre a posição dos Estados como demandados, posto que Honduras opôs forte resistência à admissão de violações cometidas em seu território, o que se soma ao conseqüente não reconhecimento de sua responsabilidade internacional, em contraste com a atitude peruana.

Inicialmente, cabe destacar a aferição ou reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana para julgar o caso em questão, o que se deu a partir de duas premissas. A primeira diz respeito ao fato de que, tendo Honduras sido signatária da Convenção Americana, comprometeu-se a respeitar suas disposições e, ainda, a submeter-se à jurisdição da Corte nas situações especificadas.

É fato que o Estado cede parte de sua soberania ao permitir que sejam julgados externamente feitos ocorridos em seu território. Sendo assim, esta jurisdição internacional, como se pode depreender do texto da Convenção, só é aplicada na hipótese de ter havido omissão do Estado neste sentido, o que compõe a segunda premissa.

Quanto a este ponto a decisão foi um marco, pois definiu que esta omissão não pode ser afastada através de alegações que consistam em meros argumentos

formais. A simples existência da possibilidade de impetração de *habeas corpus* não significa que o indivíduo será libertado, já que se encontra em uma prisão de localização ignorada, dada sua clandestinidade e, na maioria das vezes, ter sido a prisão realizada por autoridade coatora não identificada.

E mais, a possibilidade de se argüir em juízo uma pretensão não é, por si só, hábil a configurar um mecanismo eficaz de direito interno na proteção aos direitos humanos. Isto porque, como mencionado no relato do caso, duas denúncias foram ofertadas perante a justiça hondurenha, sem que nenhuma prosperasse. O acesso à justiça interna torna-se completamente inócuo quando há a promulgação de leis de anistia, que põem fim a qualquer possibilidade de persecução dos crimes cometidos.

O caso *Barrios Altos* contra a República do Peru foi bastante expressivo no que diz respeito ao ataque frontal e direto à existência e eficácia das leis de anistia no país. Como foi relatado, apuraram-se, em um primeiro momento, os fatos pela justiça peruana. O país, por encontrar-se ainda sob o jugo de um governo autoritário, não foi capaz de concluir esta apuração, fato que se deu tanto pela dissolução do Congresso quanto pela posterior edição das leis de anistia.

E, neste ponto, a pretensão da Comissão ao apresentar o caso à Corte foi bem específica, pois solicitou que a mesma determinasse a derrogação ou declaração de ineficácia das leis de perdão, para que pudessem ser reabertas as investigações no Peru.

Reconheceu-se a incompatibilidade da existência de leis de anistia com o respeito aos direitos humanos. Desta forma, o Peru assumiu a responsabilidade sobre os feitos que eram objeto de apreciação pela Corte, que considerou finda a controvérsia, uma vez que o país se comprometeu a investigar os crimes cometidos e a sancionar os seus responsáveis, por meio de uma composição amigável.

Importante consequência ao direito internacional foi a declaração feita pela Corte de que as leis de anistia eram nulas e, assim, carentes de quaisquer efeitos, tanto para as violações cometidas no caso *Barrios Altos* quanto para outros abusos aos direitos humanos ocorridos no Peru.

Esta determinação age como um precedente internacional, a ser seguido por outros países. A decisão proferida pela Corte Suprema de Justiça da Nação, na Argentina, objeto de análise do próximo capítulo, entre outros argumentos, fundou-se neste precedente, em como no anterior, para declarar inconstitucionais suas leis de anistia.

3. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO COMO FENÔMENO LATINO AMERICANO

Durante a década de 70 instalaram-se, na América Latina, diversas ditaduras militares, baseando-se no argumento de garantir-se a segurança nacional e colocando os Estados sob o controle das Forças Armadas. Muitas destas nações encontravam-se em uma frágil democracia, em situações de instabilidade política e grandes desigualdades sociais e onde se iniciava um significativo movimento de mudanças estruturais.

Carlos Nino, em seu livro *Juicio al mal absoluto*, aponta uma característica comum a todos estes regimes experimentados pelo continente: para se manterem no poder, negaram aos cidadãos o respeito aos direitos humanos, por meio da utilização do aparelho estatal de forma repressora, instituindo o chamado terrorismo de Estado. Cometeram-se delitos como torturas, detenções ilegais, desaparecimentos forçados, execuções, como forma de combater a oposição política ou intelectual.²⁴²

Esses fenômenos, que atingiram o Brasil e a maior parte dos países da América Latina relacionam-se à segunda fase da justiça de transição, que se caracterizou pela concessão de perdão às violações aos direitos humanos, como uma condição para a reconstrução nacional, afastando inicialmente a responsabilização penal por meio da edição de leis de anistia. Assim, dezesseis dos dezoito países da América Latina que passaram por ditaduras no século XX houve a edição de leis de anistia, tendo como exceções apenas Granada, Guiana e Paraguai.²⁴³

Ocorre que, no cenário internacional, a realização efetiva dos propósitos da justiça de transição vem tomando destaque. Intensificou-se o tema da busca da verdade, memória e justiça em relação aos anos de opressão.

Pode-se citar, por exemplo, o Chile, cujo decreto-lei nº 2.191/78, que anistiava os crimes cometidos entre 1973 e 1978, foi revogado em razão de decisão do sistema interamericano; o Uruguai, que condenou Juan María Bordaberry, cuja ditadura ocorreu entre 1973 e 1976; o Peru, que a partir da sentença da Corte

²⁴² NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 77.

²⁴³ BATISTA, Vanessa; BOITEUX, Luciana; HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Justiça de transição e direitos humanos na América Latina e na África do Sul*. Revista OABRJ, v.25, n.02, p. 55-75, 2010, p. 60.

Interamericana no caso *Barrios Altos* teve invalidadas as leis de anistia e, ainda, a Argentina, caso particularmente expressivo, onde seu máximo tribunal, a Corte Suprema, declarou inconstitucionais as leis.

Assim, nota-se que a persecução das violações de direitos humanos ocorridas neste contexto, ao contrário do argumentado por meio das propostas de reconciliação pelo perdão, não tiveram como resultado a desestabilização da democracia nos países que a adotaram.²⁴⁴

No Brasil, não houve nenhuma movimentação significativa, política ou legal, no sentido de se rever a lei de anistia, estando o país na contramão do continente e das decisões internacionais. A ausência de questionamento sobre a possibilidade de invalidação deste instrumento de perdão não tem sido uma realidade que se enquadra nas discussões sobre a vigência dos direitos humanos realizadas na América Latina.

A Anistia Internacional, no informe apresentado em Londres ainda no ano de 2008, referia-se ao Brasil como “um dos únicos países da região que não contestou as leis que deram imunidade às autoridades do regime militar responsáveis por graves abusos dos direitos humanos, como a tortura.”²⁴⁵

Neste mesmo ano, o então ministro da Justiça Tarso Genro, assumiu uma postura contrária à lei de anistia, apesar de argumentar a desnecessidade de sua modificação, pois seria equivocada apenas a interpretação que é dada aos crimes políticos. Afirmou ser ela uma lei política, que incide sobre esta espécie de crimes, sendo que a tortura não pode ser considerada como um deles.

Neste sentido versou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, em que se buscava a determinação de que a lei de anistia não poderia abranger as condutas praticadas por agentes do Estado, como a tortura e o desaparecimento forçado de pessoas, que foi improvida pelo Supremo Tribunal Federal.

Recentemente, a condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos mostra que a reflexão sobre a lei de anistia brasileira parece ser inevitável.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 58-59.

²⁴⁵ ANISTIA INTERNACIONAL – Informe 2008, disponível em <<http://thereport.amnesty.org/prt/Homepage>>. Acesso em 10 de junho de 2009.

O que, inicialmente, chama mais atenção ao se comparar os dois regimes militares vividos por Brasil e Argentina, é a letalidade deste último, uma vez que em pouco mais de seis anos o número de mortos e desaparecidos chega à estimativa de 30 mil, contra cerca de 300 no Brasil. Em números, a repressão argentina mostrou-se muito mais dura do que a brasileira, ainda mais se considerada a população dos países à época do regime.

Assim, embora tenha havido uma quantidade bastante significativa de presos políticos no Brasil, com milhares de indivíduos torturados, o número oficial de mortos e desaparecidos é relativamente baixo. Outras informações são apresentadas na tabela abaixo:²⁴⁶

Categoria	Brasil 1964 - 1979	Argentina 1976 - 1983
Período de repressão mais pesada	1964, 1969 - 1973	1976 - 1980
Mortes e desaparecimentos	284 - 364	20.000 - 30.000
por 100.000 habitantes	0,21 +	62,50 - 93,75
Prisioneiros políticos	25.000	30.000
por 100.000 habitantes	17,36	93,75
Exilados	10.000	500.000
por 100.000 habitantes	6,94	1.562,50
Número (estimado) de pessoas processadas em tribunais militares por crimes políticos	7.367	350+
por 100.000 habitantes	5,12	1,09+
Razão entre os processados em tribunais militares e os mortos extrajudicialmente	23/ um	um/71
Anistia	28/8/1979	23/9/1983
Principais relatórios sobre direitos humanos	Nunca mais (1985)	Nunca más (1984)
População	144 milhões	32 milhões

Muito se fala sobre uma “ditadura branda” ocorrida em território brasileiro, e realmente se nota que no Brasil os números apontados acima são bem menos expressivos. Todavia, há que se considerar que o regime brasileiro perdurou no país por um período de tempo significativamente superior ao do regime argentino, tornando-se, possivelmente, muito mais enraizado.

A seguir, será apresentada a situação da Argentina, que foi o caso latino-americano escolhido para representar a realização latina da justiça de transição no que diz respeito ao afastamento da anistia e a conseqüente persecução das

²⁴⁶ Tabela adaptada de PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 56.

violações dos direitos humanos ocorridas à época, paradigmático tanto pelas condições pelas quais se deu a repressão, quanto pelas respostas dadas às violações de direitos.

Em seguida, será descrito processo brasileiro de tomada do poder pelos militares, na década de 1960, o enfraquecimento do regime e a edição da lei de anistia, a posterior democratização, até os dias atuais, com a recente ação proposta no Supremo e a posterior condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.1. A Argentina

Na Argentina, entre as décadas de 30 e 70, ocorreu uma sucessão de golpes militares, que perduraram até o governo de Juan Perón e, posteriormente, de sua viúva e sucessora, Isabel Perón. Após este, ocorreu o último golpe de Estado, com a instalação de um regime militar, que se manteve de 1976 a 1983, com a eleição de Raúl Alfonsín.

O país, a partir de 1983, deu início ao período de democratização e de pacificação nacional. Uma das medidas tomadas para se garantir tais pretensões foi a edição das Leis do Ponto Final e da Obediência Devida, que - apesar de não o fazerem de forma declarada - consistiam em leis de anistia, com o objetivo de promover o esquecimento dos crimes ocorridos durante o regime autoritário.

Quinze anos após a edição destas leis, foi declarada pela Corte Suprema de Justiça da Nação a sua inconstitucionalidade, dada a incompatibilidade com a proteção dos direitos humanos.

Esta decisão foi de extrema importância para o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, uma vez que mostra, no contexto do ordenamento jurídico interno, o cumprimento das obrigações internacionais assumidas, o que afasta a aplicação da jurisdição internacional, caracteristicamente subsidiária.

Desta forma, consiste o caso argentino em um paradigma de importante consideração aos demais países latino-americanos que experimentaram, durante a década de 70, governos ditatoriais de maneira semelhante. A partir disto, justifica-se uma análise deste período histórico vivido na Argentina e do contexto político da

edição das leis de anistia, para que possa considerar a decisão de inconstitucionalidade como um possível exemplo de respeito e proteção aos direitos humanos.

3.1.2. O período de ditadura na Argentina: 1976-1983

O último período de ditadura na Argentina, em que o país teve o governo ditatorial consolidado e instituído, dirigido por Juntas Militares, ocorreu entre os anos de 1976 e 1983. Entretanto, como aponta TAPPATÁ DE VALDEZ²⁴⁷, os anos de violência estão compreendidos entre as décadas de 30 e 80, onde as Forças Armadas tomaram o poder em diferentes ocasiões, e apenas dois presidentes eleitos de forma democrática cumpriram seu mandato até o final, ambos militares.

NINO²⁴⁸, em sua obra já referida, faz uma análise do passado argentino, dividindo-o em três períodos. O terceiro deles encontra-se justamente entre os anos de 1930, iniciado com o golpe liderado por um movimento cívico, militar e nacionalista e 1983, com o processo de democratização do governo de Raúl Alfonsín. SANCINETTI e FERRANTE²⁴⁹ definem a história de formação política como eivada de violações a direitos fundamentais, entendendo-a, ainda, como uma herança da tradição espanhola colonizadora, que provocou o extermínio, em nome da religião, de culturas inteiras.

Com a morte do então presidente argentino Juan Domingo Perón, em 1973, assume o governo a vice-presidente María Estela Martínez Perón, ou Isabel Perón, sua viúva. A sua atuação foi fortemente influenciada pelo ministro do Bem-Estar Social, José López Rega, o criador do grupo terrorista de direita *Triple A* (Aliança Anticomunista Argentina), que tinha como objetivo eliminar a atividade guerrilheira de esquerda.²⁵⁰

Mostrou-se intensa a atuação de milícias e grupos paramilitares de extrema direita, com o escopo de aniquilar as formas emergentes de oposição ao governo,

²⁴⁷ TAPPATÁ DE VALDEZ, Patricia. *Op. cit.*, p. 88.

²⁴⁸ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 92.

²⁴⁹ SANCINETTI, Marcelo A. e FERRANTE, Marcelo. *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*. Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional. Argentina: Editorial Hammurabi. p. 71.

²⁵⁰ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 93.

que atuavam de forma clandestina. Em 1975, foi autorizada a intervenção do exército para combater a guerrilha de Tucumán e também enfrentar a subversão em todo país. Neste clima de instabilidade política, um exército que havia recebido ordens da presidenta para exterminar as atividades subversivas, estas surgindo como guerrilhas armadas, é que se dá o golpe militar, que instituiu um regime que perduraria por mais sete anos.²⁵¹

No dia 24 de março de 1976, Isabel Perón é presa pelas Forças Armadas argentinas, lideradas por Jorge Rafael Videla, cuja nomeação havia sido feita em 1975, após a guerrilha de Tucumán.²⁵² Assume o poder a Junta Militar, formada por Jorge Rafael Videla, Orlando Ramón Agosti e Emilio Eduardo Massera, comandantes gerais do exército, forças aéreas e marinha, respectivamente, tendo sido Videla nomeado como presidente da nação. Depois da Junta Militar, governaram o país outros cinco militares, Roberto Eduardo Viola, Carlos Alberto Lacoste, Leopoldo Fortunato Galtieri, Alfredo Oscar Saint-Jean e Reynaldo Benito Antonio Bignone.

O golpe teve apoio internacional, tendo sido o novo governo argentino reconhecido sem dificuldades pelos demais países. Os Estados Unidos utilizaram a Doutrina Estrada, que define que um país não reconhece ou deixa de reconhecer nenhum governo, continuando as relações normais com aquele que exerça o domínio efetivo do território e declare cumprir os compromissos internacionais assumidos. Também recebeu a Junta claro apoio do Fundo Monetário Internacional, que, quatro dias após o golpe, aprovou um empréstimo de mais de 127 milhões de dólares, negado durante o regime anterior.²⁵³

A Junta Militar elaborou uma ata, na qual constavam os seus objetivos principais: o de segurança nacional, garantindo a primazia do Estado; o de promoção da moralidade, o que incluía a difusão do cristianismo; o de erradicação da atividade subversiva e o compromisso com o desenvolvimento econômico.²⁵⁴ Este último, como se pode notar nas nações latino-americanas que experimentaram governos ditatoriais durante a década de 70, está, invariavelmente, ligado à entrada massiva de capital estrangeiro.

²⁵¹ TAPPATÁ DE VALDEZ, Patricia. *Op. cit.*, p. 89.

²⁵² NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 104.

²⁵³ ARGENTINA. Secretaría de medios de comunicación. *Del horror a la esperanza*. Disponível em: <www.24demarzo.gov.ar>. Acesso em 26 de abril de 2010.

²⁵⁴ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 105.

O Presidente Jorge Videla justificou a dura repressão afirmando que o terrorismo não se constituiria apenas das atitudes de matar alguém com uma arma ou colocar uma bomba em determinado lugar. O general, em posição bastante sugestiva do modo de atuar de seu governo militar, define o terrorismo como, além daquelas condutas, o ataque por meio de idéias contrárias à civilização ocidental e cristã.²⁵⁵ Foram encontradas, com o posterior acesso aos documentos secretos da ditadura, instruções escritas do general Viola, o então chefe do Estado Maior do Exército, que em seguida assumiu a presidência, no sentido de eliminar, por quaisquer meios, a atividade subversiva.²⁵⁶

Como é comum após a tomada do poder por um golpe militar, procedeu-se à restrição de uma série de direitos. Foi suspenso o artigo 23 da Constituição Nacional, que garantia aos indivíduos presos durante o estado de sítio a faculdade de deixar o país²⁵⁷. A possibilidade de impetração de *habeas corpus* foi severamente restringida. O Congresso foi dissolvido, assim como foram destituídos os ministros da Corte Suprema e todos os outros juízes que ocupavam cargos influentes, tendo sido postos em seus lugares pessoas de confiança dos militares.²⁵⁸

Proibiram-se nos dias subseqüentes as atividades políticas e sindicais e editou-se uma nova legislação penal, instituindo a pena de morte a quem se manifestasse de forma contrária ao governo, como sanção à atividade subversiva.²⁵⁹ De acordo com as disposições implantadas, seriam executados todos aqueles que causassem danos a meios de transporte, de comunicação, usinas, instalações de gás ou água ou outros serviços públicos; que contaminassem a água, os alimentos ou os remédios; que causassem danos provocando explosões ou incêndios; os que fossem surpreendidos em flagrante sem acatar as ordens e aqueles que enfrentassem as forças de segurança.²⁶⁰

²⁵⁵ ARGENTINA. Secretaría de médios de comunicación. *Op. cit.*

²⁵⁶ SANCINETTI, Marcelo A. e FERRANTE, Marcelo. *Op. cit.*, p. 102-103.

²⁵⁷ Este artigo ainda vige na Constituição da Argentina: “Art. 23.- *En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.*”

²⁵⁸ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p 105.

²⁵⁹ *Loc. cit.*

²⁶⁰ ARGENTINA. Secretaría de médios de comunicación. *Op. cit.*

O controle militar iniciado em 1976 fez com que, com o objetivo de se eliminar a subversão, as atividades de agentes estatais, milícias e grupos de tarefas chegassem a níveis de violência nunca antes experimentados no país. Promoveu-se a criação de centenas de centros de detenção clandestinos, muitas vezes alocados em recintos policiais e militares e a prática ininterrupta de seqüestros, torturas, detenções ilegais e execuções arbitrárias. A ação anti-subversiva era, em regra, realizada por indivíduos que se declaravam como membros do exército, que se trajavam como civis, sem identificação como pertencentes às Forças Armadas. A polícia local, durante essas intervenções, recebia ordens de se manter afastada e a área era declarada “liberada”.²⁶¹

Em uma dimensão latino-americana, nesta tomada da região por sucessivas lideranças militares, que adotavam de igual forma - e invariavelmente - as medidas acima descritas, os governos atuavam com truculência, contra as manifestações de oposição, no ápice da opressão. Surgiu, neste contexto, uma integração entre os regimes ditatoriais da América Latina, consistindo na troca de informações sobre os indivíduos tidos como subversivos, suas atividades e localização, sua captura e prática de atentados em outros países e a troca de presos políticos, o que se denominou *Operação Condor*.²⁶²

A interferência de exércitos dentro de outros países acontecia com impressionante facilidade, fato passível de ocorrência apenas ao se considerar a anuência das altas esferas de poder. Destacada, ainda, era a participação da CIA nas atividades de perseguição, em uma clara intervenção norte-americana. Os integrantes dos governos à época negam a existência desta operação.²⁶³

Quando a Junta Militar assumiu o poder na Argentina, elaborou um novo plano de estabilização econômica, aprovado pelo Fundo Monetário Internacional, que consistia, basicamente, em eliminar as barreiras comerciais, conseguir uma desvalorização da moeda nacional e promover a entrada de grande fluxo de capital estrangeiro. Ele fracassou, fato que foi evidenciado pela quebra do Banco de Intercâmbio Regional.²⁶⁴

²⁶¹ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 106.

²⁶² PLÁCIDO, Délson. *Op. cit.*, p.

²⁶³ Manoel Contreras, que está preso atualmente e foi chefe da DINA (*Dirección de Inteligencia Nacional*), no Chile, afirma que havia apenas uma troca de informações entre os serviços nacionais de inteligência. Depoimento extraído do documentário *Condor*, direção e roteiro de Roberto Mader, Brasil, 2007 – Focus Filmes e Taba Filmes.

²⁶⁴ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.* p. 112.

Essas medidas econômicas do governo geraram conseqüências nefastas: a brusca queda dos salários dos trabalhadores, o incremento substancial da dívida externa e a desindustrialização, compondo um quadro de insatisfação popular, que houve por fragilizar o regime.

A queda da ditadura foi um produto de crises no interior das Forças Armadas e do fracasso da política econômica. Ela introduziu elementos, mudanças estruturais que acabaram por acentuar as desigualdades e a exclusão social. O modelo econômico cujos pontos fracos foram acima tangenciados condicionou o Estado argentino aos centros de poder econômico internacional, acentuando a dependência que continuou a engessar governos posteriores.²⁶⁵ Em 30 de março de 1982 ocorreu uma manifestação que reuniu milhares de pessoas na Praça de Maio, a maior demonstração de oposição ao regime, denunciando suas políticas sociais e econômicas.

Algumas outras mudanças se apresentaram neste cenário. Os *habeas corpus*, que antes eram sempre negados pela Corte Suprema, passaram a ser aceitos.²⁶⁶ Esta foi uma das sinalizações dadas ao Executivo de que a situação interna estava chegando a termos insustentáveis e que uma transformação política era inevitável.

A estes fatores somou-se o fracasso da Argentina na Guerra das Ilhas Malvinas. Estas ilhas, localizadas ao sul do Oceano Atlântico, eram reivindicadas historicamente pelo país. Em 02 de abril de 1982, o presidente Leopoldo Fortunato Galtieri ordenou a invasão das mesmas, que se encontravam sob a posse da Grã-Bretanha desde 1830. Em junho de 1982, as forças argentinas foram obrigadas a retirar-se, em uma enorme derrota.

A corrupção (assim como a violência) também atingiu um estágio que a impossibilitava de continuar a ser ignorada. A justiça, bem como o funcionamento das instituições de uma maneira geral, condicionavam-se às decisões arbitrárias que emanavam de uma única autoridade central.²⁶⁷ A violação aos direitos humanos, sempre comum quando da atuação das forças de segurança e do exército, passou a ser repudiada no cenário internacional.

²⁶⁵ TAPPATÁ DE VALDEZ, Patricia. *Op. cit.*, p. 90.

²⁶⁶ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 110.

²⁶⁷ TAPPATÁ DE VALDEZ, Patricia. *Op. cit.*, p. 90.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, nos primeiros anos do governo militar, havia sido impedida de entrar na Argentina, pode fazê-lo no ano de 1979, produzindo um informe que condenava enfaticamente a situação dos direitos humanos no país. Uma série de violações às disposições contidas na Declaração Americana de Direitos do Homem foi constatada, resultante de ações dos agentes governamentais e também de omissões do Estado argentino.²⁶⁸

Os militares, ao constatarem que não haveria outro caminho que não a derrocada do regime, convocaram eleições presidenciais para o dia 30 de outubro de 1983. Fez-se uma tentativa de impor condições a estas eleições, como a de excluir-se a análise dos feitos cometidos durante a guerra contra a subversão e a corrupção do regime. Os partidos que se preparavam para a campanha não aceitaram nenhuma delas. Alguns deles, inclusive, basearam suas plataformas nas bandeiras de rever o passado e adotar uma justiça retroativa.²⁶⁹

Em que pese a não aceitação das condições, o que se pode perceber na Argentina, e que também é comum a outros países latino-americanos - é que esta mudança do governo ditatorial para o democrático se deu, consideravelmente, a partir de composições entre ambos. A derrocada ocorreu paulatinamente, pela reunião dos fatores já mencionados, o que impediu o expurgo das forças e influências militares do regime seguinte. Este fato é de extrema importância, pois explica algumas atitudes e posições das democracias insurgentes, ligando-se diretamente à edição posterior das leis de anistia.

De toda forma, antes de deixar o governo argentino, a liderança militar, sob o argumento da reconciliação nacional, pacificação e reconstrução, por meio de um decreto, editou a Lei nº 22.924, que ficou conhecida como o decreto de auto-anistia. A lei determinou que fossem anistiados todos os delitos cometidos com motivação ou finalidade terrorista ou subversiva ocorridos entre 25 de maio de 1973 e 17 de junho de 1982.²⁷⁰

Os verdadeiros beneficiados pela lei, entretanto, foram os agentes estatais. Isto porque, além do fato de o próprio governo ter declarado que aniquilou toda a atividade subversiva, de fato tendo ocorrido um extermínio da oposição, seu conteúdo é notadamente tendencioso. Em seu artigo 1º, estendeu o benefício

²⁶⁸ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 111.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 113.

²⁷⁰ SANCINETTI, Marcelo A. e FERRANTE, Marcelo. *Op. cit.*, p. 256.

àqueles que tivessem realizado ações no sentido de prevenir, combater ou eliminar as atividades subversivas, ao mesmo tempo em que, no artigo 2º, vedou a aplicação aos que foram integrantes das “associações ilícitas terroristas ou subversivas” e não estavam residindo no país. A anistia também não alcançou quem ainda manifestasse a intenção ou propósito de continuar vinculado a estas associações.

Com esta restrição presente no artigo 2º, considerando-se o conceito amplo que o governo militar havia assumido para definir as atividades subversivas ou terroristas, houve muito poucos casos de pessoas, que já não tivessem sido mortas ou desaparecidas, que pudessem se beneficiar da anistia.²⁷¹ Menor ainda era este número com a determinação trazida pelo artigo 3º da lei, que também excluía as hipóteses em que já houvesse condenações penais.

A Lei nº 22.294 foi editada em 22 de setembro de 1983, pouco antes, portanto, da realização das eleições presidenciais. O candidato do Partido Peronista era Ítalo Luder, que, em razão de pesquisas realizadas, era tido pela maioria como vencedor. Em sua campanha, mostrava-se contrário à lei, mas acreditava que a sua derrogação não impediria a aplicação da anistia, em razão do disposto no artigo 2º do Código Penal.²⁷² A UCR (*Unión Cívica Radical del Pueblo*), cujo candidato era Raúl Alfonsín, posicionava-se contra a lei e sua aplicação, baseando-se na aplicação do artigo 29 da Constituição Nacional²⁷³, onde é proibida a concessão de poderes extraordinários ao Executivo. Em sua campanha, dizia que, com a lei de auto-anistia, a atuação do Poder Judiciário era impedida por um Executivo que havia absorvido funções legislativas.²⁷⁴

Contrariando os resultados das pesquisas, Raúl Alfonsín elegeu-se à presidência, na primeira derrota, em eleições claras e abertas, de um candidato do Partido Peronista. Assumiu, desta forma, o compromisso de realizar a transição para

²⁷¹ *Ibid.*, p. 257.

²⁷² O artigo 2º do Código Penal argentino trata da aplicação da lei penal benigna: “Art. 2.- Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.”

²⁷³ “Art. 29.- El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.”

²⁷⁴ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p 117-118.

a democracia na Argentina, sendo que desde o presidente Marcelo Torcuato Alvear, em 1928, nenhum governo democrático havia terminado seu mandato no país.

3.1.3. A democratização

A eleição de Raúl Alfonsín, candidato que manteve sua plataforma em defesa dos direitos humanos e com aspirações a superar a violência do passado recente, foi parte do movimento de redemocratização, ou, em um sentido mais real, de democratização, que foi comum aos novos governos pós-ditadura da América Latina.

Para se alcançar a reconciliação nacional, duas questões eram prementes: conseguir a estabilidade da frágil democracia insurgente, disseminando-a a todas as instituições e definir a política a ser adotada em relação às violações massivas dos direitos humanos e seus efeitos.

Como afirma BERISTAIN²⁷⁵: além destas questões, a reconciliação deveria ser pensada a partir da superação da exclusão social, um fator que se prolongou e prolonga através dos regimes, assim como deveria basear-se na realização de políticas de memória e justiça.

Como será exposto a seguir, nota-se que a Argentina, nesta fase de reconstrução democrática e de necessidade de se obter verdade e justiça em relação aos ilícitos praticados, foi marcada por avanços e retrocessos. O presidente Raúl Alfonsín estabeleceu uma política de combate à impunidade com significativos limites, resultantes de uma composição entre o novo governo e o antigo, dada a instabilidade democrática e o receio de levantes militares.

Alfonsín, ao chegar ao governo, iniciou um processo de punição dos feitos ocorridos durante a ditadura, no qual definiu três princípios que serviriam como orientação sobre o modo pelo qual ela ocorreria. Tanto os atos de repressão praticados pelo Estado quanto os crimes praticados pelos agentes considerados como subversivos seriam punidos. Haveria limites temporais para que essa punição se exercesse. E, finalmente, a responsabilização dos indivíduos seria dividida em

²⁷⁵ BERISTAIN, Carlos Martín. *Op. cit.*, p. 53.

três espécies: os que haviam dado as ordens, os que as haviam cumprido mediante coação e aqueles que haviam se excedido no cumprimento delas.²⁷⁶

Deu-se, logo após ter Alfonsín assumido o governo, a derrogação da auto-anistia, com projeto de lei enviado ao Congresso, que se transformou na Lei nº 23.040. Ela declarava inconstitucional e insanavelmente nula a lei 22.924, eliminando seus efeitos jurídicos para a aferição de responsabilidade penal, civil, administrativa e militar em relação aos feitos que abrangia, inclusive aqueles que já haviam sido julgados. Também excepcionava a aplicação do princípio da lei penal mais benigna, previsto no artigo 2º do Código Penal argentino.

Esta declaração dada pela Lei 23.040 foi criticada a partir de obstáculos jurídicos, consistindo um deles na alegação de que a lei de anistia não poderia ser derogada sem violar o artigo 18 da Constituição.²⁷⁷ Este óbice foi combatido com o argumento de que a lei era nula desde o seu nascimento. Possuía conteúdo ilícito por ser uma tentativa de encobrimento por parte de um mesmo regime de poder dos atos que haviam cometido seus integrantes.²⁷⁸

Outro destaque entre os primeiros atos do presidente foi a criação, através do decreto 187 de 15 de dezembro de 1983, da comissão de verdade argentina, a *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* (CONADEP). Era a realização de um de seus projetos iniciais, o incremento das buscas aos desaparecidos políticos.

Ela era uma comissão independente, que possuía poderes e autonomia para investigar todas as demandas de desaparecimentos forçados, que eram formuladas por parentes e amigos das vítimas.²⁷⁹ Após um ano de trabalho, a CONADEP publicou o relatório *Nunca más*, que foi determinante para a realização de processos judiciais posteriores.

A derrogação da lei de auto-anistia e a criação da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas, portanto, foram movimentos do governo Alfonsín na direção de se realizar uma justiça retroativa, apurando as violações dos direitos humanos ocorridas durante o regime anterior. Entretanto, algumas medidas

²⁷⁶ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 10.

²⁷⁷ “Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. [...]”

²⁷⁸ Esta definição é dada por Eugênio Raúl Zaffaroni, na decisão que declarou inconstitucionais as leis de anistia argentinas, mais adiante.

²⁷⁹ SANCINETTI, Marcelo A. e FERRANTE, Marcelo. *Op. cit.*, p. 296.

específicas no seu plano de ação (como a já mencionada classificação dos agentes que praticaram ilícito em três tipos) demonstravam que, em que pese a apuração dos feitos, a forma de sancioná-los seria limitada.

Uma das questões que se destacou neste contexto foi o tratamento dispensado aos militares envolvidos. Se, por um lado, era iniciada a punição de alguns deles²⁸⁰, por outro, grande parte ficaria isenta de responsabilização penal, baseando-se na obediência devida. A discussão acerca da jurisdição a ser aplicada, se militar ou civil, também foi outro ponto de questionamento sobre a política de Alfonsín.

2.2.1.1 A questão militar no novo governo democrático e a Lei nº 23.049

Em seu programa de enfrentamento do passado, entre outras medidas²⁸¹, o presidente propôs a modificação das normas do Código Militar no que dizia respeito à obediência devida e ao foro competente para julgar os feitos cometidos pelos agentes do regime anterior. Estes dois assuntos foram objetos do projeto de lei elaborado por Alfonsín, que se tornou a Lei nº 23.049, de 09 de fevereiro de 1984.

Este projeto de lei apresentado não foi tão enérgico como muitos esperavam, pois sugeria a punição de um restrito grupo de pessoas que havia comandado e conduzido a ação estatal repressora, enquanto que todos aqueles que, sob suas ordens, praticaram graves violações como torturas e seqüestros não seriam responsabilizados. As proposições geraram descontentamento tanto das organizações de direitos humanos quanto de diversos grupos políticos.

Esta nova interpretação que se resolveu conferir ao conceito de obediência devida do Código Militar deu-se a partir da criação da presunção jurídica *iuris tantum* de que todos aqueles que eram subordinados - que não possuíam posições de comando e decisão - teriam atuado em erro quanto à legitimidade das ordens

²⁸⁰ Com a edição do Decreto nº 158, ordenou-se o início de procedimentos judiciais contra os líderes das três juntas militares: Videla, Viola e Galtieri pelo exército; Massera, Lambruschini e Anaya pela Marinha e Agosti, Graffigna e Lami Dozo pelas forças aéreas.

²⁸¹ Como meio de limitar a tradicional autonomia das Forças Armadas, o controle sobre as fronteiras e os mares não pertenceria mais ao exército e à marinha, mas sim ao Ministério da Defesa, órgão executivo. O controle da produção de armas também foi retirado das Forças Armadas e dado ao Ministério.

recebidas, em um clima generalizado de coação.²⁸² Estes eram termos demasiadamente vagos, de forma que abrangiam a quase totalidade de ilícitos praticados.

A obediência devida, em muitas legislações - como no caso da Argentina - funciona como uma excludente de culpabilidade²⁸³. O artigo 34 do Código Penal argentino, localizado no Título V, que trata da imputabilidade, determina que não são puníveis aqueles que atuarem em razão de obediência devida.²⁸⁴

Em que pesem as divergências dogmáticas de classificação, em essência, essa espécie de conduta pode ser definida como “a conduta do subordinado que obedece a mandato procedente de superior hierárquico, quando este ordena no círculo de suas atribuições e na forma requerida pelas disposições legais”.²⁸⁵ Pretendia a estratégia política de Alfonsín que, com uma extensão do conceito, os

²⁸² NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 123.

²⁸³ A ressalva que se faz, entretanto, é de que o termo não tem exatamente as mesmas características ao utilizado pelo Direito Penal brasileiro, onde a denominação é obediência hierárquica e exclui a culpabilidade do agente, como causa de inexigibilidade de conduta diversa. EM essência, entretanto, se assemelham. Ao tratar da imputabilidade, o Código Penal argentino reúne também as excludentes que em nosso ordenamento consideramos como de culpabilidade, antijuridicidade e mesmo de tipicidade, como se depreende da sua leitura:

“Art. 34.- *No son punibles:*

1º. *el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.*

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenara la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;

2º. *el que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;*

3º. *el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;*

4º. *el que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;*

5º. *el que obrare en virtud de obediencia debida;*

6º. *el que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:*

a) *agresión ilegítima;*

b) *necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla*

c) *falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.*

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquél que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

7º. *el que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurran las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.”*

²⁸⁴ Vale ressaltar que este artigo tem a mesma configuração atualmente e à época dos acontecimentos descritos.

²⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 448.

delitos cometidos por militares de média ou baixa patente se tornassem impuníveis, direcionando o foco apenas aos poucos que haviam comandado o sistema estatal repressor.

Quanto à jurisdição competente para decidir as violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura, decidiu-se que os tribunais militares realizariam os julgamentos. As apelações, entretanto, seriam dirigidas a tribunais civis²⁸⁶.

Dentre as propostas contrárias, os partidos de esquerda e alguns peronistas defendiam a de Eugenio Raúl Zaffaroni, que era de reconstituir todo o Conselho Supremo das Forças Armadas por juízes cíveis, para a decisão sobre as violações. Esta proposta não teve sucesso. O projeto de Alfonsín foi aprovado pela Câmara dos Deputados que, entretanto, determinou algumas mudanças: a questão da presunção da obediência devida adquiria mais discricionariedade, com a troca da expressão “*se presumirá*” por “*se podrá presumir*” e os tribunais militares teriam 180 dias para decidir os casos.²⁸⁷

Ao chegar o projeto de lei ao Senado outras alterações foram impostas, consistindo na transferência de competência para a jurisdição civil nas hipóteses em que se houvesse comprovado indevida demora ou negligência no julgamento por parte dos tribunais militares²⁸⁸; na possibilidade de apelação para as vítimas ou seus familiares; na exceção explícita de erro quanto à legitimidade das ordens dadas no caso de atos aberrantes ou atrozos.

A determinação da mudança de foro, já trazida pela nova lei, gerou descontentamento geral. Os setores militares, sob o argumento da violação do princípio do juiz natural, desejavam que a sentença emanada do Conselho Supremo das Forças Armadas fosse definitiva. Por outro lado, havia uma forte defesa de que as causas, em ambas as instâncias, fossem decididas por juízes civis, baseando-se no princípio do não reconhecimento de foros pessoais e no princípio da isonomia.²⁸⁹

O que se tentou justificar foi uma suposta estratégia de autodepuração, julgamento de militares por militares, a partir de restrições à atuação das vítimas em primeira instância, que, de acordo com o artigo 9º, só poderiam intervir para a

²⁸⁶ Quando se menciona *tribunais civis*, *jurisdição civil* ou *juízes civis* refere-se à qualidade não militar.

²⁸⁷ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 128.

²⁸⁸ Artigo 10 da Lei nº 23.049 teve a seguinte redação, *in fine*: “*Si la Cámara advirtiese una demora injustificada o negligencia en la tramitación del juicio asumirá el conocimiento del proceso cualquiera sea el estado en que se encuentren los autos.*”

²⁸⁹ SANCINETTI, Marcelo A. e FERRANTE, Marcelo. *Op. cit.*, p. 302.

indicação de provas e solicitando a notificação da sentença, da qual poderiam recorrer.

Esta estratégia de autodepuração não gerou os resultados pretendidos pelo governo, sofrendo uma forte resistência militar. Alguns membros do Conselho Supremo das Forças Armadas se recusaram a intervir nos julgamentos determinados pelo Decreto 158 dos componentes das Juntas Militares, forçando a nomeação de membros adjuntos. Militares jovens se reuniram para decidir estratégias de defesa das Forças Armadas contra as decisões dos julgamentos.

O Conselho Supremo informou que não poderia resolver os casos no prazo estabelecido, pois teria que analisar a necessidade de se impor uma justiça retroativa no contexto da guerra contra a “delinqüência terrorista”²⁹⁰, considerando que, até aquela data, *“los decretos, directivas, órdenes operativas que regularon la actividad militar contra la subversión son, tanto em su contenido como em su forma, inobjetables”*²⁹¹. Desta forma, a Câmara Federal de Apelações assumiu os julgamentos, através de decisão confirmada em 04 de outubro de 1984.

O descontentamento dos militares se ampliava, uma vez que consideravam os julgamentos parte de uma manobra da esquerda. Ao mesmo tempo, dava-se continuidade ao julgamento dos membros das Juntas Militares. As razões de suas defesas foram bastante demonstrativas quanto ao sentimento de grande parte da corporação. Nelas, faziam-se afirmações no sentido de haver orgulho em se ter organizado uma bem-sucedida guerra contra o terrorismo subversivo; de estarem à época vivendo em um real estado de guerra e declarando, ainda, que quem põe a salvo uma nação não rompe lei alguma.²⁹²

Foram eles sentenciados em 09 de dezembro de 1985, onde a Câmara Federal reconheceu a existência de um plano consistente no exercício de uma política de repressão, condenando os comandantes por uma série de delitos, como tortura, homicídio, privação da liberdade.²⁹³ Reconheceu-se também que possuíam conhecimento sobre os feitos realizados por seus subordinados. Houve cinco

²⁹⁰ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 130.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 131.

²⁹² *Ibid.*, p. 140.

²⁹³ TAPPATÁ DE VALDEZ, Patricia. *Op. cit.*, p. 93.

condenações, afastando as alegações de legítima defesa e estado de necessidade e quatro absolvições, baseadas na ausência de provas.²⁹⁴

Durante o fim de 1985 e o início do novo ano a opinião pública e as pressões militares foram fontes de instabilidade política, o que levou Raúl Alfonsín a adotar diferentes estratégias no sentido de contenção do processo punitivo, culminando na edição das leis do Ponto Final e da Obediência Devida.

2.2.1.2 A Lei do Ponto Final

A primeira atitude a ser tomada para controle do processo punitivo iniciado foi a de conter a quantidade de julgamentos, que continuava a crescer. Surgiu, então, uma proposta elaborada pelo ministro da Corte Suprema, Enrique Petracchi, que buscava alterar os termos de prescrição destas ações.²⁹⁵ Seria este o ensejo à edição da lei do Ponto Final.

Entre essas primeiras sugestões e a criação da lei, o presidente Raúl Alfonsín elaborou instruções, que serviriam de parâmetro à atuação do Poder Judiciário, mas ditadas pelo ministro da Defesa, chamadas de *“Instrucciones al Fiscal General del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas”*. O conteúdo delas versava sobre a orientação de se acelerar o julgamento daqueles imputados que possuíam capacidade de decisão e de absolver os que não a tinham, promovendo a adoção de conceitos bem mais amplos para a definição da obediência devida.²⁹⁶

Em que se pese a previsão de responsabilidade dos subalternos pelo cometimento de feitos atroztes ou aberrantes, esta foi restrita apenas às hipóteses de excesso no cumprimento das ordens:

Hará extensiva a los subordinados de los ex comandantes en jefe la responsabilidad de estos últimos por la ejecución de delitos aberrantes, *únicamente cuando la conducta del subordinado configure un exceso en el cumplimiento de las órdenes recibidas*, de conformidad con la doctrina sustentada por la Cámara Federal en el fallo dictado en cumplimiento del decreto 158/83.²⁹⁷

²⁹⁴ Foram condenados os comandantes Videla, Massera, Agosti, Viola e Lambruschini e absolvidos Grafigna, Galtieri, Anaya e Lami Dozo.

²⁹⁵ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 145.

²⁹⁶ SANCINETTI, Marcelo A. e FERRANTE, Marcelo. *Op. cit.*, p. 328.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 329.

Considerando estas instruções, em princípio, todos aqueles que fossem oficiais subalternos teriam a exclusão da responsabilidade pela obediência devida. Estas determinações geraram descontentamento da opinião pública e em razão dele os tribunais federais, mais uma vez, assumiram os demais casos. Desta forma, a idéia de se criar uma lei alterando definições prescritivas das ações surgiu com intensidade, e como uma necessidade à política de Alfonsín.

Apesar da ocorrência de uma manifestação popular, em 19 de dezembro de 1986, contra a aprovação do projeto de lei em tramitação, no dia 23 do mesmo mês, a Lei do Ponto Final, Lei 23.492, foi sancionada pelo Congresso.²⁹⁸ Ao fim do prazo de sessenta dias, a partir de sua promulgação, todas as ações penais que apurassem os crimes definidos na Lei 23.049 onde não houvesse ainda citação dos acusados, seriam extintas. Da mesma forma como aquelas que versassem sobre ações políticas violentas praticadas até 10 de dezembro de 1983. Assim determina o seu artigo 1º:

Art. 1

Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley.

En las mismas condiciones se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983.

A lei, apesar de não o fazer de maneira expressa, era a concessão de uma anistia, sem, entretanto, atender ao seu caráter de generalidade, uma vez que não se alterou a condenação dos comandantes das juntas e dos oficiais de alta patente. Desta maneira, eram mantidos os símbolos dos julgamentos e Alfonsín conseguia colocar-se minimamente fiel aos preceitos de sua campanha, que pregavam a luta contra a impunidade.²⁹⁹

O curioso é que a lei falhou como estratégia do governo de promover uma anistia “disfarçada”. Os tribunais, acreditando em sua responsabilidade histórica quanto à sanção dos delitos de violação aos direitos humanos, viam-na como o estabelecimento de um breve lapso de tempo, no qual deveriam processar o maior número de feitos possível, provocando uma frenética atividade jurisdicional.³⁰⁰

²⁹⁸ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 148.

²⁹⁹ SANCINETTI, Marcelo A. e FERRANTE, Marcelo. *Op. cit.*, p. 330.

³⁰⁰ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.* p. 150.

Este aumento significativo de julgamentos teve efeitos sobre as Forças Armadas, instigando uma série de conflitos que culminariam na edição de uma outra lei de anistia, a Lei da Obediência Devida.

2.2.1.3 A Lei da Obediência Devida

O início dos levantes militares foi provocado por alguns episódios de resistência à colaboração com os julgamentos. Um deles foi o caso da citação do major Ernesto Barreiro, acusado de tortura, em 14 de abril de 1987. O major comunicou ao seu superior o não comparecimento ao tribunal. A Câmara Federal, ante a recusa, declarou-o como rebelde e determinou sua captura pela polícia federal. Houve comunicações de oficiais de todo o país em apoio à sua atitude, o que gerou a difusão, pela imprensa, da notícia de instalação de uma rebelião militar. Os rebeldes pediam a renúncia do chefe das Forças Armadas, que estaria atuando contra seus interesses e a concessão de anistia.³⁰¹

O presidente Alfonsín dirigiu um discurso ao país, em sessão da Assembleia Legislativa, dizendo que não sucumbiria a pressões e que a democracia na Argentina era uma questão inegociável. Os membros da Forças Armadas tinham a obrigação de obedecer às ordens de seus superiores e do comandante supremo, em uma referência ao Poder Executivo nacional.³⁰²

Ao mesmo tempo, outra rebelião se delineava, liderada pelo tenente-coronel Aldo Rico, ex-combatente da Guerra das Malvinas. Ele tomou a escola de infantaria do Campo de Maio, onde recebeu apoio imediato dos militares que ali estudavam, fazendo um comunicado público de que os oficiais de todo país deveriam buscar uma solução política para um evento político tão importante quanto a luta contra a subversão.³⁰³

Alfonsín, após constatar a insuficiência do corpo de exército para conter a rebelião, resolveu dirigir-se pessoalmente ao local onde se encontravam os

³⁰¹ *Loc. cit.*

³⁰² SANCINETTI, Marcelo A. e FERRANTE, Marcelo. *Op. cit.*, p. 335.

³⁰³ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 152.

rebeldes. O presidente voltou de sua palestra com a notícia de que os rebeldes haviam mudado de atitude e seriam detidos e levados à justiça.

Depois disso, houve especulações quanto ao teor da conversa ocorrida, a partir de diferentes relatos. Aldo Rico afirmou que haviam concordado sobre a concessão de uma anistia e a substituição do chefe de estado Maior. A versão de um assessor militar do governo disse que a intenção dos rebeldes era somente de proteger contra os julgamentos os oficiais que haviam lutado nas Malvinas. E, ainda, que o presidente havia acordado sobre a competência da jurisdição militar para tratar da revolta. Alfonsín teria falado, por fim, sobre a impossibilidade de intervenção nas decisões do Poder Judiciário, esperando, entretanto, que a Corte Suprema pudesse definir os níveis de responsabilidade, como forma de mitigá-la, em resposta ao pedido de anistia.³⁰⁴

Entretanto, continuavam os julgamentos, não tendo a Corte Suprema definido com clareza os limites do conceito de obediência devida, por acreditar tratar-se de uma questão política. Como alternativas despontavam as possibilidades da criação de uma lei de anistia explícita, a decretação de indultos presidenciais ou a edição de uma lei definindo de maneira precisa a questão da obediência devida. Esta última foi a solução adotada pelo governo.

Em 13 de maio de 1987, o presidente enviou ao Congresso um projeto de lei, aprovado no mês seguinte, com a sanção da Lei nº 23.521, a Lei da Obediência Devida. Foi aprovada graças à cooperação dos líderes peronistas, apesar da oposição de alguns deles.³⁰⁵

Nela, criava-se a presunção absoluta de que os oficiais de média e baixa hierarquia, sem poder decisório, haviam atuado em razão de obediência devida:

Art 1

Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieron revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes.

³⁰⁴ *Ibid.*, p 154-155.

³⁰⁵ Um líder peronista a se opor, à época, foi Carlos Menem, que mais tarde, em seu governo, sancionou três decretos que indultaram, entre 1989 e 1990, quase quatrocentas pessoas. Eles permitiram a liberdade de militares acusados de crimes contra a humanidade e dirigentes que atuaram na década de 70 e, também, dos líderes das Juntas Militares que haviam sido condenados.

En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

O artigo 2º da lei fazia a ressalva da sua não aplicação às hipóteses de cometimento dos crimes de estupro, seqüestro e ocultação de menores ou a substituição do seu estado civil e roubo.

Esta lei, assim como a Lei do Ponto Final, tem, em verdade, o caráter de uma lei de anistia. Ambas foram aprovadas em um clima de oposição popular, bem como de contrariedade das organizações internacionais de Direitos Humanos. BERISTAIN³⁰⁶ narra que, segundo pesquisas realizadas à época, 80% da população era contrária a sua edição, podendo se dizer que elas reconciliaram o poder político com as Forças Armadas, ao custo de assumir uma má posição frente ao resto da sociedade.

Estas leis consistiram em um grande obstáculo no combate à impunidade e às violações aos direitos humanos promovidas pela ditadura e acabaram por não resultar no seu objetivo de pacificação social e reconciliação nacional. Elas impedem uma plena reconstrução democrática, que deve ser realizada a partir do conhecimento da verdade e de aplicação da justiça.

A Argentina, exemplo que aqui se trata, restabeleceu as sempre prometidas diretivas neste sentido, colocando em discussão pela Corte Suprema de Justiça da nação a constitucionalidade e aplicabilidade das leis de anistia. Em que pese tê-lo feito quinze anos após a edição da Lei do Ponto Final e da Lei da Obediência Devida, foi o país de mais claro avanço em relação à adequação do ordenamento jurídico interno ao internacional, com o fim de promover o respeito aos direitos humanos em seu território.

3.1.4. A decisão da Corte Suprema argentina: declaração de inconstitucionalidade das leis de anistia

A Corte Suprema de Justiça da Nação (*Corte Suprema de Justicia de la Nación*), na Argentina, é a instância jurídica final para os assuntos que lhe são de

³⁰⁶ BERISTAIN, Carlos Martín. *Op. cit.*, p. 58.

competência originária, estabelecidos em seu regulamento interno, bem como para as questões que versem sobre a constitucionalidade das leis editadas pelo Legislativo.³⁰⁷ Desta forma, suas decisões assumem o caráter de obrigatoriedade quanto ao seu cumprimento por todas as unidades componentes do Estado e pelos indivíduos, de uma forma ampla.

Por ser a Corte Suprema um órgão parte do poder Judiciário, o controle que exerce se dá de forma difusa, incidental, uma vez que a lei sofre o juízo de constitucionalidade a partir de um caso concreto. O objeto de análise deste capítulo, portanto, é a declaração de inconstitucionalidade das leis de perdão já expostas, que se deu a partir do desaparecimento forçado do casal Poblete e de sua filha Claudia.

Esta decisão afastou a aplicação da Lei do Ponto Final e da Lei da Obediência Devida, bem como de todos os efeitos a elas relacionados, posto que a manutenção destes impediria a sanção dos crimes contra a humanidade cometidos durante e em razão do regime autoritário estabelecido.

A decisão da Corte decorreu, em parte, das pressões exercidas pelo então presidente Néstor Kirchner no sentido da declaração de inconstitucionalidade das leis, uma vez que permitiria o julgamento na Argentina dos militares acusados por violações aos direitos humanos, afastando a possibilidade de extradição.³⁰⁸ As leis já haviam, em 06 de março de 2001, sido declaradas inconstitucionais pelo juiz federal Gabriel Cavallo, cuja decisão foi confirmada pela Câmara Federal de Apelações, em 09 de novembro do mesmo ano.³⁰⁹

Enquanto tramitava perante a Corte Suprema o caso Poblete, encontrava-se pendente de apreciação o caso Arancibia Clavel, no qual se discutia se seriam imprescritíveis ou não crimes praticados em razão de perseguição política, dado o seu caráter de lesa-humanidade. Em razão disto, decidiu-se que a questão da imprescritibilidade deveria ser resolvida antes pela Corte, para que se delineassem as posições dos ministros quanto às leis de anistia.³¹⁰

³⁰⁷ ARGENTINA. Sítio oficial do governo da Argentina. Disponível em: <<http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/paginas.dhtml?pagina=387>>. Acesso em 23 de março de 2010.

³⁰⁸ COTTA, Elaine. *Suprema Corte argentina reavalia leis de anistia*. Folha de São Paulo, 02/08/2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u60991.shtml>>. Acesso em 25 de outubro de 2007.

³⁰⁹ CENTRO DE ESTUDOS LEGALES Y SOCIALES. *Las leyes de Punto Final e Obediencia Debida son inconstitucionales*. Disponível em: <http://mamoria.cels.org.ar>. Acesso em 15 de setembro de 2007.

³¹⁰ VENTURA, Adrián. *Petracchi acelera una definición sobre las leyes de amnistía*. La Nación, 07/02/2004. Disponível em: <http://lanacion.com.ar/archivo/nota.asp?nota_id=570908>. Acesso em 18 de março de 2009.

3.1.4.1. O caso predecessor na Corte Suprema: Enrique Arancibia Clavel³¹¹

Antes da decisão da Corte Suprema declarando a inconstitucionalidade da Lei do Ponto Final e da Lei da Obediência Devida, portanto, este outro julgamento teve grande importância no contexto da construção de uma orientação interna com base nos preceitos de direito internacional.

O caso Arancibia Clavel originou-se de recurso interposto perante a Corte Suprema pelo Estado argentino e pelo governo do Chile. Enrique Lautaro Arancibia Clavel foi condenado, pela justiça federal da Argentina, à prisão perpétua, pelo cometimento dos delitos de associação ilícita agravada, participação necessária em homicídio agravado pelo uso de explosivos e em concurso premeditado de duas ou mais pessoas³¹².

Os fatos apontam Enrique, entre março de 1974 e novembro de 1978, como integrante da DINA (*Dirección de Inteligencia Nacional*), órgão que funcionava como uma espécie de polícia política chilena. Fazia o mesmo parte do grupo que perseguia os membros da oposição política ao governo Pinochet que estivessem exilados na Argentina. Tal objetivo cumpria-se através da prática de torturas, privações da liberdade, falsificação de documentos, entre outros delitos.

A função específica de Arancibia Clavel era a de formar uma rede paralela de informações em Buenos Aires, reunindo dados sobre os perseguidos. De toda forma, constatou-se sua participação efetiva na prática de tortura contra a cidadã chilena Laura Elqueta.

A defesa interpôs recurso contra a condenação, que foi parcialmente provido, uma vez ter sido a conduta de Arancibia Clavel classificada como associação simples, que, de acordo com as normas penais argentinas, estava prescrita. A associação ilícita é delito permanente, tendo sua execução, no caso, ocorrido entre os anos de 1974 e 1978. A lei vigente à época dos fatos punia o crime mais

³¹¹ ARGENTINA. *Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Caso Arancibia Clavel. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/ver_fallos.jsp>. Acesso em 23 de outubro de 2009.

³¹² Código Penal argentino, artigos 210 bis, incisos, *a*, *b*, *d*, *f* e *h* e 80, incisos 2º e 4º, respectivamente.

severamente, de forma que, em consonância com o princípio da lei penal mais benigna, deveria ser aplicada a redação vigente.

A *Cámara Nacional de Casación Penal* (órgão recursal de segunda instância) considerou a disposição mais favorável ao réu, motivo que ensejou a decretação da prescrição acima mencionada. Para a configuração do tipo penal atual, a conduta deve ter posto em risco a Constituição Nacional, ameaçando seus valores republicanos e democráticos, fato que o órgão considerou não ter ocorrido. Desta forma, a única tipificação possível seria a de associação ilícita em sua forma simples, não mais sujeita à persecução do Estado. Também desconsiderou a Câmara o argumento de ser a conduta um crime contra a humanidade, imprescritível por força de tratados e do direito consuetudinário internacional. Justificou, para tanto, que a apelação versava apenas sobre o conteúdo da sentença que contemplava a associação.

Contra esta decisão, houve a interposição de recurso extraordinário, que foi denegado, originando o recurso perante a Corte Suprema. Segundo esta, foi correta a análise feita pela *Cámara Nacional* em relação ao tipo penal aplicável, mas não quanto à alegação da impossibilidade de classificação da conduta como crime contra a humanidade.

Deve-se esta posição à afirmação de que a DINA, associação ilícita em questão, destinava-se à perseguição dos opositores políticos ao governo Pinochet, realizada através do cometimento de crimes contra a humanidade. Seria incoerente afirmar que cometer delitos como homicídios, torturas, privações da liberdade com o caráter de perseguição política constitui um crime contra a humanidade e que formar uma associação para sua realização não o constitui.

Ainda, aduz a Corte Suprema que, ao mencionar o Estatuto de Roma, a defesa citou apenas o seu artigo 7º, que enumera os crimes contra a humanidade, desconsiderando o artigo 25, que define as espécies de participação em tais crimes. Além das tradicionalmente já aceitas, inclui a consistente naquela em que o indivíduo contribua, de qualquer forma, para a prática do crime por um grupo de pessoas que tenham um objetivo comum.³¹³

Afirmou que, por tratar-se de discussão acerca da imprescritibilidade de tal crime, dever-se-ia ter como base legal a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos

³¹³ Estatuto de Roma, artigo 25, 3, d.

Crimes de Guerra e dos Crimes de Contra a Humanidade, de hierarquia constitucional também no Chile. Ela determina a aplicação de suas disposições também àqueles que atuarem como partícipes em relação aos crimes que sanciona.³¹⁴

O desaparecimento forçado de pessoas é definido pelas normas internacionais como uma violação complexa de direitos humanos, pois, via de regra, considera-se nele a prática de detenções ilegais, torturas e execuções arbitrárias. Ainda que não houvesse legislação convencional em vigência, deve-se atentar ao fato de que é caráter do direito internacional sua formação consuetudinária e que já era prática comum a definição dos desaparecimentos forçados como delitos contra a humanidade, constituída após a Segunda Guerra Mundial.

Além dos instrumentos internacionais estabelecidos com o fim da guerra, como a Carta das Nações Unidas, de 1945; a Carta de Organização dos Estados Americanos; a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, todas de 1948, o próprio artigo 7º do Estatuto de Roma, inciso 1, alínea *d*, considera crime contra a humanidade a perseguição de grupo ou coletividade por motivos políticos.

A classificação dos crimes contra a humanidade como imprescritíveis se justifica pela sua magnitude e significado, além dos efeitos que propalam em toda a sociedade, que se fazem presentes de maneira perene. No caso concreto relatado, a discussão posiciona-se no sentido de determinar se a consideração dos fatos como imprescritíveis estaria violando o princípio penal da lei mais benigna, já que a incorporação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade como norma interna de hierarquia constitucional é posterior aos feitos em questão.

A exemplo da configuração dos desaparecimentos forçados como crimes contra a humanidade, o costume internacional, muito antes da incorporação da Convenção sobre Imprescritibilidade ao direito interno argentino, já considerava esta espécie de crimes como imprescritíveis. A incorporação foi apenas uma forma de se cristalizar um princípio internacional há muito vigente.

A partir das disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e dos precedentes da Corte Interamericana dos casos *Velásquez Rodríguez* contra

³¹⁴ Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, artigo II.

Honduras e *Barrios Altos* contra República do Peru, estabeleceu-se claramente o dever do Estado em possibilitar, através de uma estruturação do aparato governamental, a efetiva vigência dos direitos humanos. Deste modo, a consideração do mecanismo de direito interno da prescrição em relação a estas situações de violação constitui um descumprimento às obrigações de prevenir e sancionar qualquer desrespeito aos direitos estabelecidos na Convenção, gerando uma responsabilidade internacional ao Estado.

Em razão destes argumentos, determinou a Corte Suprema, em sentença datada de 24 de agosto de 2004, a condenação de Enrique Lautaro Arancibia Clavel pela prática do delito de associação ilícita, uma vez que, na hipótese, trata-se do cometimento de crime contra a humanidade, imprescritível, portanto.

3.1.4.2. O caso da decisão de inconstitucionalidade: o desaparecimento do casal Poblete e filha³¹⁵

Em 27 de novembro de 1978, por um grupo que se declarou como pertencente às Forças Conjuntas, foram detidos José Liborio Poblete Rosa e Gertrudis Marta Hlaczik e levados para o centro clandestino de detenção conhecido como *El Olimpo*. Este centro funcionou de agosto de 1978 a fevereiro de 1979, em uma das sete áreas em que foi dividida a cidade de Buenos Aires durante o período de repressão. Lá permaneceu o casal por alguns meses, tendo sido ambos vítimas de tortura, até serem retirados do local, para destino ignorado.³¹⁶

Foram instalados, a partir do golpe militar de 1976 até o fim da ditadura, mais de 500 centros clandestinos de repressão. Estes centros funcionavam extra-oficialmente, mas consistiam, contudo, em atuações das forças militares ou da força policial.³¹⁷ Toda repressão se deu de forma clandestina, ou seja, não assumidamente determinada pelo governo, mas amparada e efetuada por seus órgãos principais.

José Poblete era de nacionalidade chilena, havia sofrido um acidente automobilístico onde lhe amputaram as pernas, e foi levado antes de Gertrudis. Ela

³¹⁵ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Poblete. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/ver_fallos.jsp>. Acesso em 23 de outubro de 2009.

³¹⁶ *Idem*, Parecer do Procurador.

³¹⁷ TAPPATÁ DE VALDEZ, Patricia. *Op. cit.*, p. 89.

era estudante de psicologia e foi seqüestrada em sua casa, junto com sua filha Claudia, que, à época, possuía oito meses de idade.³¹⁸

O casal, que pertencia ao grupo político *Cristianos para la Liberación*, foi, portanto, mantido na prisão até janeiro de 1979, onde foram presumidamente torturados e executados, feitos que se qualificam como crimes contra a humanidade. Claudia foi-lhes tirada com a promessa de que seria confiada aos avós. Entretanto, a menina foi entregue ao tenente-coronel Ceferino Landa, militar aposentado, e à sua esposa Mercedes Beatriz Moreira.

Este tipo de procedimento, durante o chamado período de terrorismo de Estado, ocorreu com significativa freqüência na Argentina, consistindo no seqüestro de crianças e subsequente entrega das mesmas para serem criadas por militares do regime, de forma a se obter a eliminação mais ampla possível da oposição.

Centenas de filhos de pessoas classificadas pelo Estado Argentino como agentes terroristas, que punham em risco a soberania nacional, sofreram este tipo de procedimento. Crianças detidas junto com seus pais ou nascidas em cativeiro eram, portanto, entregues ilegalmente a esses casais, que, de forma também ilícita, promoviam seus registros civis como se filhos naturais fossem.³¹⁹

Cabe ressaltar que foi este o contexto motivador da criação do agrupamento internacionalmente conhecido por sua atuação das *Abuelas de Plaza de Mayo*.³²⁰ Seu objetivo é o de encontrar essas pessoas desaparecidas, crianças ou bebês à época, a fim de restituí-los a suas famílias. O fato de se perdurarem situações como estas demonstra o significativo alcance dos efeitos da ditadura militar, que ainda subsistem.

No caso de Claudia Poblete, reconhecidas as suas origens, teve o casal que a criou a prisão preventiva decretada em fevereiro de 2000, por terem incorrido nos delitos de alterar ou suprimir identidade de menor de 10 anos; subtrair menor de 10 anos ao poder dos pais e por inserir em instrumento público declarações falsas.³²¹

O juiz de primeiro grau, Gabriel Cavallo, decretou, ainda, a prisão preventiva de Juan Antonio Del Cerro e de Julio Héctor Simón, por terem seqüestrado Claudia

³¹⁸ CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. *Op. cit.*

³¹⁹ TAPPATÁ DE VALDEZ, Patricia. *Op. cit.*, p. 89.

³²⁰ O grupo formou-se em outubro de 1977, tendo como fundadora Raquel Radío de Marizcurrera, após o desaparecimento, no ano anterior, de seu filho e de sua nora, grávida de quatro meses. ASOCIACIÓN ABUELAS DE LA PLAZA DE MAYO. *La historia de las abuelas*. 2007 Disponível em: <<http://www.abuelas.org.ar/material/documentos/abuelas30.pdf>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2009, p. 20.

³²¹ Código Penal argentino: artigos 139, inciso 2º; 146 e 293, respectivamente.

Victoria Poblete. Decidiu-se, além disso, que a apuração deveria abarcar também os ilícitos cometidos contra os pais. Para tanto, o magistrado, em 06 de março de 2001, declarou a inconstitucionalidade das leis do Ponto Final e da Obediência Devida³²², por serem incompatíveis com dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem com outros pactos internacionais.

Desta forma, após receber a acusação contra Julio Héctor Simón, o juiz de primeiro grau determinou que se processasse o feito mantendo a sua prisão preventiva. Utilizou como fundamento o seqüestro do casal Poblete e filha, quando do exercício de sua função como membro da Polícia Federal argentina e integrante de um grupo de tarefas ligado ao exército, parte do sistema clandestino de repressão.

Esta decisão foi questionada pela defesa perante a *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional*, que confirmou a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos das leis de anistia e homologou a decretação da prisão preventiva. Contra a decisão interpôs-se recurso extraordinário, que foi inadmitido. Mais uma vez, a defesa, inconformada, apresentou recurso relativo à inadmissão anterior, que foi o objeto da análise pela Suprema Corte.

Em suas razões, a defesa pugnou pela validade da Lei do Ponto Final e da Obediência Devida, afirmando não ser competência do Poder Judiciário decidir sobre a oportunidade, o mérito ou a conveniência das decisões adotadas pelas outras esferas do poder. Além disso, evocou o princípio da lei penal mais benigna, a máxima latina do *nullum crimen nulla poena sine lege*, e a proibição de se aplicar uma lei após a ocorrência do fato.

Quanto à aplicação da Lei da Obediência Devida, sob o argumento de que agira o imputado simplesmente em obediência a ordens superiores, afirmou a Suprema Corte que esta lei foi uma opção feita pelo Congresso Nacional para convalidar uma decisão política do Executivo, quando parecia ser a anistia uma solução e único meio de pacificação social. Entretanto, entendeu que não se pode isentar a conduta dos agentes, baseando-se em uma obediência militar, quando se nota que o conteúdo das normas é manifestamente ilegal. Sustenta também a Suprema Corte que o direito argentino, nos últimos anos, passou por mudanças

³²² Especificamente, o artigo 1º da Lei 23.492 e os artigos 1º, 3º e 4º da Lei 23.521.

fundamentais - principalmente a sua Constituição, acompanhando a evolução da proteção dos direitos humanos no plano internacional.

Houve, desta forma, uma assunção de deveres, estabelecidos em tratados e convenções, intensificada pela força de norma constitucional a eles atribuída. Estas modificações impedem que o Estado renuncie à persecução penal dos crimes considerados de lesa-humanidade, o que se contrapõe de forma inegável à sobrevivência das leis de anistia.

Neste sentido, mencionou-se o respeito às disposições previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incompatíveis com as anistias e indultos. Para ilustrar, foram trazidos precedentes internacionais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como o mencionado caso *Velázquez Rodríguez* contra Honduras, em que se reconheceu a obrigação dos Estados em prevenir, investigar e sancionar as violações aos direitos humanos ocorridas - podendo acarretar a sua omissão na responsabilização dos mesmos no plano internacional, ainda que indiretamente. Esta obrigação imposta aos Estados implica na adoção de todos os instrumentos de direito interno que possibilitem o seu cumprimento, prevista no artigo 2º da Convenção³²³.

Citou-se, ainda, o caso *Barrios Altos* contra o Estado do Peru, onde, lembrando o exposto, em 03 de novembro de 1991, um esquadrão de eliminação matou 15 pessoas, com o objetivo de reprimir atividades subversivas de supostos integrantes do *Sendero Luminoso*. No processo em curso na justiça peruana, foi decretada a inconstitucionalidade da Lei nº 26.479³²⁴. Entretanto, ao mesmo tempo, o Congresso editou a Lei nº 26.492, declarando a impossibilidade de discussão da anistia pela via judicial, o que implicou no arquivamento do caso.

Todavia, a Corte considerou responsável internacionalmente o Estado do Peru, não só pelas violações ao direito à vida e à integridade pessoal, mas também pela violação às garantias judiciais, ao direito à proteção judicial e à obrigação de respeitar os direitos e adotar disposições de direito interno, provocadas pela existência da lei de anistia.

³²³ Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

³²⁴ Sancionada pelo Congresso Nacional do Peru, anistiando as violações dos direitos humanos ocorridas entre 1980 e 1995.

Estas conclusões da Corte Interamericana foram utilizadas como precedente pela Suprema Corte argentina, uma vez que as leis do Ponto Final e da Obediência Devida apresentam os mesmos vícios que levaram a Corte a rechaçar as leis peruanas de anistia. Foram consideradas leis *ad hoc*, que possuem o fim de evitar a perseguição de graves violações aos direitos humanos.

No caso mencionado, a Corte não se limitou a declarar a incompatibilidade das leis com a Convenção, mas também as considerou desprovidas de quaisquer efeitos. Sendo assim, a Corte Suprema, em aplicação à hipótese argentina, entendeu que a necessidade de supressão das leis de anistia deve ser acompanhada da proibição de invocar as garantias mencionadas pela defesa, do contrário seria esvaziado o propósito desta supressão, tornando-a inócua.

Foi também discutida a edição da Lei nº 25.779 pelo Congresso Nacional da Argentina, que declarou nulas as leis de anistia, com o objetivo de permitir o cumprimento das disposições dos tratados e convenções internacionais, afastando obstáculos que se apresentassem, o que coincidiu com o reconhecimento da hierarquia constitucional da Convenção sobre a Imprescritibilidade Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade. Afirmou-se que, sob um aspecto estritamente formalista, a mencionada lei poderia ser tachada de inconstitucional, por violar o princípio da separação de poderes. Entretanto, haveria a adoção de um formalismo vazio, uma vez que ela garante o cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado no plano internacional.

Sendo assim, a Corte Suprema da Argentina, em 14/06/2005, resolveu declarar válida a Lei nº 25.779; inconstitucionais as leis de anistia e sem nenhum efeito qualquer ato, fundado nas mesmas, que pudesse se opor à perseguição dos crimes contra a humanidade cometidos no território argentino.

Foram sete votos a favor (Enrique Petracchi, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda, Eugenio Raúl Zaffaroni, Elena Highton de Nolasco, Ricardo Lorenzetti e Carmen Argibay), uma abstenção (Augusto Belluscio) e um voto contra (Carlos Fayt).

3.1.4.3. Razões da declaração de inconstitucionalidade das leis de anistia: a sentença da Corte Suprema e sua fundamentação

Os fatos descritos anteriormente formam um panorama da sentença, a partir do texto final da Corte Suprema, elaborado com base nos votos favoráveis à declaração de inconstitucionalidade da Lei do Ponto Final e da Lei da Obediência Devida. Após a sua exposição, serão analisados de maneira mais extensa os argumentos trazidos pelos ministros em seus votos.

Nesta argumentação foram expostos os mecanismos de direito interno baseados em normas penais e processuais penais, que são, normalmente, aduzidos com o fim de se esquivar ao cumprimento das regras de direito internacional, estabelecidas pelo direito consuetudinário e consolidadas pelos tratados sobre direitos humanos. Neste sentido, também foi mencionada a necessidade de respeito aos direitos humanos a partir de um sistema internacional de proteção, bem como a imprescindibilidade da adequação do ordenamento jurídico interno aos princípios de direito internacional e aos direitos e deveres estabelecidos nas convenções e tratados das quais o Estado é signatário.

A Corte Suprema, em sua composição atual, adotou algumas particularidades na forma procedimental, entre elas a possibilidade dos ministros de apresentarem suas razões ainda que a decisão final seja redigida a partir dos pontos convergentes em seus votos.³²⁵

Desta forma, na exposição da fundamentação, serão avaliados os argumentos gerais trazidos pela sentença a partir das definições de diferentes ministros, de acordo com a relevância dada ao tema pelos mesmos.

3.1.4.3.1. Validade da Lei 25.779: o voto do Ministro Zaffaroni

Em 21 de agosto de 2001, o Congresso Nacional da Argentina sancionou a Lei 25.779, cujo conteúdo foi a declaração de inconstitucionalidade das Leis 23.492 (Ponto Final) e 23.521 (Obediência Devida). A validade desta lei também foi objeto de apreciação pela Corte Suprema na sentença do caso Poblete, tendo como

³²⁵ CENTRO DE ESTUDOS LEGALES Y SOCIALES. *Op. cit.*

principal questão o princípio da separação de poderes, inerente ao Estado Democrático de Direito.

Em seu voto, o Ministro Eugênio Raul Zaffaroni afirma que, em primeira análise, a edição de uma lei com estas pretensões fere o princípio, uma vez que o Poder Legislativo não pode exercer a jurisdição, sendo função do Poder Judiciário a declaração, a partir do controle difuso de constitucionalidade. Desta forma, por meio de uma análise literal e descontextualizada, a Lei 25.779 seria constitucionalmente inadmissível.

Como já mencionado, Zaffaroni, em discussão sobre a validade da lei, desconsidera a possibilidade de se utilizar um caso antecedente como exemplo à hipótese em questão, que é o da anulação da Lei 22.924, a lei de auto-anistia do governo militar. A sua aplicação foi afastada pela edição da Lei 23.040, não podendo servir de argumento para afirmação da Lei 25.779, uma vez que a de auto-anistia já era nula desde o seu nascimento, por possuir conteúdo ilícito.

Entretanto, o Ministro aduz que a inabilidade do Congresso Nacional para anular leis penais sancionadas por ele mesmo foi reconhecida no debate legislativo que precedeu a aprovação da lei. Esta aprovação ocorreu levando-se em consideração o seu caráter de excepcionalidade, que deve ser cuidadosamente conferido, por ser sempre argumento a justificar medidas antidemocráticas.

Em seu voto, afasta alguns dos critérios utilizados como forma de se atribuir a excepcionalidade. Afirma que a evocação do estado de necessidade pelos poderes nacionais ao editar a lei não resiste a uma análise superficial, pois importa em assumir um grau de insegurança jurídica sem precedentes.

Rechaça, ademais, a interpretação extensiva dada ao artigo 29 da Constituição Nacional, que afasta a possibilidade do Congresso de conferir poderes ou faculdades excepcionais ao Executivo³²⁶, já que do mesmo não se pode extrair que as leis de anistia sejam uma hipótese contemplada. Segundo Zaffaroni, este artigo é uma espécie de “delito constitucionalizado” (apesar de, obviamente, não ser um tipo penal), pois considera como traidores da pátria aqueles que, munidos de faculdades extraordinárias, praticam atos que ponham em risco a vida, a honra ou o

³²⁶ Art. 29.- *El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.*

patrimônio de cidadãos argentinos. A menção a este artigo, portanto, serviria apenas como inspiração para a forma de declaração de nulidade das leis por meio da Lei 25.779.

Outra justificativa para a validade da lei tratada seria a utilização de um direito supralegal, sustentando a nulidade a partir do direito natural. Várias são as teorias acerca do jusnaturalismo, mas se pode dizer, em termos gerais, ser ele um direito natural, que tem valor em si próprio e sempre se sobrepõe às normas editadas pelo Estado. De acordo com BOBBIO³²⁷, em que pesem suas várias concepções, todas partilham “da idéia comum de um sistema de normas logicamente anteriores e eticamente superiores ao Estado, a cujo poder fixam um limite intransponível”.

Desta forma, uma norma jurídica que se oponha àquilo que é definido como direito natural não é direito, carecendo de legitimidade e, portanto, podendo ser livremente descumprida pelos cidadãos. Do mesmo modo, ainda que não se tenha a tipificação de determinada conduta, caso pertença a este grupo de normas anteriores e eticamente superiores ao Estado, deverá ser sancionada.

Entretanto, defende o ministro que a utilização do jusnaturalismo pode resultar em atos equivocados, dada a vacuidade e abertura de seu conceito. Além disso, acaba por legitimar o que a própria Lei 25.779 quis desqualificar de forma tão incisiva. Foi a partir da livre definição do que seria a garantia da segurança nacional e do amplo significado que lhe foi dado que se justificou toda atuação repressora do aparelho estatal, com uma definição da mesma que se formou para além da legalidade.

Após a Segunda Guerra Mundial, houve um forte movimento teórico de ressurgimento do jusnaturalismo, como forma de sanção aos crimes cometidos pelo nazismo. Ocorre que utilizá-lo para a situação que se analisa seria desconsiderar uma série de aspectos relevantes. Deve-se atentar ao fato de que a Alemanha do pós-guerra não possuía uma Constituição, sendo esta criada apenas em 1949. Ainda, no plano internacional existia apenas a Declaração Universal de Direitos Humanos, instrumento ainda precário à época, e não havia na Europa um sistema de proteção aos direitos humanos, ou seja, a positivação do direito internacional não ocorrera de maneira suficiente.

³²⁷ BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* – v. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 656.

Sendo assim, no caso analisado não é necessário que se recorra à suprallegalidade, posto que o direito internacional direcionado à proteção dos direitos humanos se integra ao ordenamento jurídico argentino de forma a fazer ineficazes as leis de anistia, que a Lei 25.779 declara nulas.

Em outro sentido, também não é apta a declarar a validade da lei a demonstração de que a Leis do Ponto Final e da Obediência Devida chocam-se com as normas de direito internacional.³²⁸ Esta incompatibilidade não afasta o fato de que não incumbe ao Poder Legislativo anular uma lei em razão de sua contradição com outras, sejam elas internas ou internacionais, pois esta é uma faculdade do Poder Judiciário.

Por fim, o ministro Eugenio Zaffaroni justifica a validade da Lei 25.779 em razão de sua instrumentalidade. Há a necessidade inquestionável de remoção de quaisquer obstáculos que impeçam a persecução dos delitos de lesa-humanidade, para que ocorra o respeito às obrigações internacionais assumidas pelo Estado, uma vez que esta assunção se deu no exercício de sua soberania.

Tratar-se-ia, portanto, de uma atuação do Congresso Nacional neste sentido, sem que houvesse uma estrita discussão acerca da forma pela qual a remoção ocorreu. Seria também um meio de deixar os delitos cometidos no território argentino a cargo da jurisdição nacional, no pleno exercício da soberania. Ademais, a sanção da Lei 25.779 reafirma a intenção do Estado de cumprir suas obrigações internacionais e elimina as dúvidas e divergências que poderiam surgir do sistema difuso de controle de constitucionalidade.

Declara Zaffaroni, portanto, que o Congresso agiu além de suas faculdades, mas não o fez de forma indiscriminada, posto que se limitou a invalidar uma lei cujos efeitos são proibidos pelo direito internacional e não se coadunam à própria essência da Constituição Nacional da Argentina.

3.1.4.3.2 As normas internacionais de proteção aos direitos humanos

³²⁸ Sobre este ponto, ver o item seguinte, que trata da incompatibilidade das leis de anistia com o sistema de proteção aos direitos humanos.

Para uma análise da declaração de inconstitucionalidade das leis de anistia, tendo como fundamento o acatamento das normas de direito internacional, levou-se em consideração a sua dupla formação, que se dá a partir da positivação por meio dos tratados internacionais e através da observância do costume internacional.

Em 1994, a Constituição Nacional sofreu uma reforma, que trouxe, entre outras modificações, o gozo de hierarquia constitucional pelas normas internacionais de proteção aos direitos humanos.³²⁹ A questão do respeito aos tratados internacionais encontra-se consolidada no artigo 27 do mesmo diploma, que preceitua a obrigação do governo federal de afiançar suas relações de paz e comércio com as potências estrangeiras por meio de tratados e no artigo 31, que os considera estes como lei suprema da nação.

De acordo com o voto do ministro Antonio Boggiano, o tratado complementa a norma constitucional, não a derroga ou modifica. A faculdade inerente ao Congresso de conferir hierarquia constitucional à norma internacional é dada levando-se em conta os próprios princípios e garantias norteadores da Constituição. Desta forma, tornar-se-ia inócua esta elevação, se sua aplicabilidade fosse condicionada ou restrita por mecanismos de direito interno, como é o caso das leis de anistia.

Segundo o ministro Zaffaroni, as normas violadas nos crimes discutidos integram o direito interno argentino, uma vez que o artigo 75, inciso 22 da Constituição reafirmou a tese do direito único. A ela, contrapõe-se a tese do direito duplo, segundo a qual as normas internacionais geram uma obrigação para o Estado, mas não fazem parte do direito interno. Esta tese, atualmente, é rechaçada

³²⁹ Art. 75.- *Corresponde al Congreso: [...]*

22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

pela quase totalidade dos internacionalistas, tendo havido sua utilização nas populações coloniais pelas potências exploradoras, como forma de impedir a vigência dos direitos humanos.

Por sua parte, afirma o ministro Boggiano que o Estado tem a responsabilidade internacional comprometida, uma vez que firmou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e não garantiu a investigação e sanção das suas violações e dos crimes contra a humanidade ocorridos em seu território. Sendo assim, ao aplicar uma lei de anistia, abre a possibilidade de que se exerça a jurisdição internacional.

Além de contrários à Convenção Americana, estes crimes transgridem uma série de tratados internacionais, como a Convenção sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade.

A Convenção Americana estabelece a obrigação positiva dos Estados de adotar as medidas necessárias para tornar eficazes os direitos nela reconhecidos. A edição de leis de anistia é contrária ao sistema regional de proteção aos Direitos Humanos e acarreta a responsabilidade internacional do Estado. Esta obrigação abrange todos os Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário.

O dever de persecução dos crimes contra a humanidade ocorridos em seu território é reconhecido tanto pelos tratados e convenções quanto pelo direito consuetudinário internacional. Para que ele possa ser plenamente cumprido, faz-se necessária a atuação do Estado na remoção dos obstáculos que porventura existam, como é o exemplo da retirada da vigência das leis de anistia e na determinação quanto à imprescritibilidade dos delitos.

Segundo Zaffaroni, a simples edição pelo Congresso das leis de anistia consiste na direta violação do dever de tornar eficazes os direitos reconhecidos na Convenção, uma vez que significa um obstáculo à sanção das condutas lesivas à humanidade.

A Corte Suprema, em conformidade com a doutrina estabelecida nos casos *Barrios Altos* e *Velásquez Rodríguez*, reconheceu o dever do Estado de articular o seu aparato governamental, em toda sua estrutura, de forma a assegurar a plena vigência dos direitos humanos, motivo pelo qual declarou a inconstitucionalidade das Leis do Ponto Final e da Obediência Devida.

Neste sentido, a jurisprudência do caso *Barrios Altos* também determina que não basta que as leis de anistia sejam declaradas inconstitucionais, ou invalidadas. Deve-se afastar a possibilidade de sobrevivência de quaisquer efeitos que delas provenham, para que seja possível a plena compatibilização com as disposições internacionais.

3.1.4.3.3. Os princípios da legalidade e da irretroatividade na decisão

Na Constituição da Argentina, a legalidade vem consolidada em seu artigo 18, que prevê a necessidade de existência de uma norma anterior ao fato a que se pretende punir e respectiva atribuição de pena.

Ele determina a impossibilidade de sancionar uma conduta sem a prévia cominação. A legalidade é um princípio que possui vários desdobramentos, confluindo para a mesma finalidade e complementando-se. Um deles é conhecido como o princípio da irretroatividade, que impede que uma lei prejudicial ou mais gravosa tenha efeitos sobre o passado. A irretroatividade guarda uma exceção, que determina a retroação da lei penal mais benigna.

A conceituação de ambos (legalidade e irretroatividade) é, na realidade, bastante semelhante. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, por exemplo, os determina a partir de um único dispositivo, no qual preleciona que “ninguém será condenado por ações ou omissões que no momento de sua prática não forem delitivas segundo o Direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais grave do que a aplicável no momento da comissão do delito”.³³⁰

Como mencionado, este princípio foi invocado no julgamento do caso Poblete, pois se afirmou pela defesa que a sanção dos crimes o estaria violando. Segundo ela, os fatos praticados são anteriores à ratificação pela Argentina – que significa a incorporação pelo direito interno – da Convenção Americana e das demais normas positivas que sancionam esta espécie de delito, determinando-o lesivo à humanidade.

³³⁰ Artigo 11.2.

Ocorre que a maioria dos ministros afirmou a existência de uma norma da ordem pública internacional que condenava o desaparecimento forçado de pessoas como um crime de contra a humanidade, não havendo violação ao princípio. Esta argumentação se deu nos mesmos termos em que se decidiu a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade no caso Arancibia Clavel.

Esta afirmação significa a constatação de que, muito antes da ratificação pelo ordenamento argentino dos dispositivos que prevêm os delitos de lesa-humanidade, os desaparecimentos forçados eram considerados pelo costume internacional como tal.

E, além disso, os ministros Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti e Carmen Argibay aduziram que já existiam, em vários dispositivos do Código Penal, tipificações que tutelavam os bens jurídicos violados com a prática de desaparecimentos forçados, e que o direito internacional apenas incorporou a característica de lesa-humanidade. A Corte entendeu, portanto, que a reprovação internacional dos delitos cometidos, com vigência anterior aos feitos imputados, obriga o Estado a investigar e sancionar os responsáveis e em nada fere o princípio da legalidade.

3.1.4.3.4. A imprescritibilidade

Como reafirmado pela sentença dada ao caso Arancibia Clavel, vige, em relação aos crimes de lesa-humanidade, o princípio da imprescritibilidade. Este princípio é consagrado pelo direito internacional consuetudinário, tendo sido posteriormente positivado em convenções internacionais. Além dos argumentos já expostos no referido caso, algumas outras considerações sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foram feitas na sentença do caso Poblete, que reafirmaram a sua vigência.

A prescrição é uma das causas de extinção da punibilidade, que corresponde à perda do direito de punir do Estado, em decorrência de sua inércia.³³¹ Entretanto,

³³¹ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 789.

excetua-se de alguns delitos o caráter de impunibilidade que sucede do decurso do tempo, sendo este o caso dos crimes lesivos à humanidade.

Analisa-se a possibilidade, no caso concreto, da punição relativa aos desaparecimentos forçados do casal Poblete, considerados como uma violação complexa de direitos, pois se encaixam em mais de um tipo penal, de acordo com o ordenamento interno, e possuem o caráter de lesa-humanidade.

O ministro Raúl Zaffaroni, em artigo sobre o tema, afirma que a positivação do princípio, através da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Contra a Humanidade, resulta de um longo processo, iniciado na década de 60.³³² Aduz que a Convenção Americana apenas reafirma a imprescritibilidade desta espécie de delitos, do que se depreende ser uma norma de *ius cogens*, já vigente de acordo com o direito internacional consuetudinário.³³³

A ministra Carmen Argibay faz alegações peculiares, ao dizer que a prescrição não pode ser alçada à categoria de uma garantia constitucional, pois não é uma expectativa com a qual o autor do delito possa contar no momento de seu cometimento. Em seguida, declara que não se pode evitar o efeito retroativo da Convenção Sobre a Imprescritibilidade, posto que a mesma foi criada com a manifesta intenção de abranger feitos anteriores.

Por fim, tem-se a argumentação do ministro Antonio Boggiano destacando que a aplicação do princípio da imprescritibilidade aos crimes de lesa-humanidade afasta todas as regras internas relativas à prescrição. Tal afirmação deriva da tese já mencionada, citada pelo ministro Zaffaroni, de que o direito internacional e o interno são um só, não existindo a possibilidade de conflito. Mais ainda, a própria lei suprema argentina determinou serem as normas internacionais que tratam da proteção aos direitos humanos superiores às leis nacionais.

³³²A possibilidade de impunidade dos delitos cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, uma vez que se completavam quase vinte anos de suas práticas, fez com que a Alemanha aumentasse seus prazos prescricionais. Após prolongá-los, declarou sua imprescritibilidade. Para justificar tal medida, argumentava-se que a questão da irretroatividade da lei penal alcançaria apenas a necessidade de anterioridade no que se refere à existência de um tipo, não guardando relação com os prazos prescricionais. Esta posição não pode servir como justificativa ao caso em estudo, pois contraria o disposto no artigo 18 da Constituição Argentina, que estabelece uma ampla irretroatividade, o que inclui todas as circunstâncias de punibilidade do feito.

³³³ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad*. In: *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2005, p. 254.

3.2. O Brasil

O Brasil não foi exceção aos regimes ditatoriais vigoraram em toda América Latina. Este fenômeno encaixa-se no contexto da Guerra Fria e no combate daquilo que era considerado como a ameaça comunista na região. O governo do presidente João Goulart, entre os anos de 1961 e 1964, passou a dar uma maior abertura às organizações sociais, anunciando reformas de base, que abrangeriam mudanças na estrutura agrária, econômica e educacional do país.

Assim como sucedeu na Argentina, esta atividade política começou a ser vista como um inimigo interno por determinados setores hegemônicos e pela alta hierarquia militar, que devia ser combatido.

Aliado as elites industriais e latifundiárias e à classe média, o alto oficialato das forças armadas promoveu o golpe militar, derrubando o então presidente e iniciando um regime que perduraria por 21 anos. Durante o mesmo, foi editada a lei de anistia, impedindo a persecução penal das violações de direitos humanos ocorridas e considerada contrária a diversas disposições dos já referidos tratados e convenções internacionais.

Pretende-se, neste momento, fazer uma breve digressão das condições histórico-políticas do Brasil durante o regime militar, contextualizando a edição da lei de anistia e, por fim, realizando uma consideração sobre os argumentos relativos à sua validade / adequada interpretação, em razão da decisão da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal.

3.2.1. O período de ditadura no Brasil: 1964-1985

A crise política e as tensões sociais, que se arrastavam desde o governo anterior, de Jânio Quadros, começaram a se agravar. Os partidos de oposição, como a União Democrática Nacional e o Partido Social Democrático, culpavam o governo por estes problemas e o acusavam de planejar um golpe de esquerda.

Já antes de sua posse, quando da renúncia de Jânio Quadros, os três ministros militares impugnaram o nome de João Goulart, recusando-se a aceitar

aquele que considerado como um radical pela alta hierarquia militar. Houve ampla manifestação popular, incluindo operários, estudantes, e todos os setores identificados com posições progressistas exigindo a posse de Goulart. A mais destacada delas ocorreu no Rio Grande do Sul, comandada pelo então governador Leonel Brizola.

Receosos de uma possível guerra civil, os militares recuaram, aceitando a posse da João Goulart, mas impondo o estabelecimento do sistema parlamentarista. Os anos seguintes foram de crescimento das lutas populares. O governo de Goulart passou a apoiar reivindicações dos trabalhadores, inicialmente de forma mais lenta, em razão das barreiras impostas pelo Congresso e, mais tarde, de forma acentuada, com o retorno do governo presidencialista obtido por meio de um plebiscito que deu vitória esmagadora à volta do sistema.³³⁴

Todavia, os conflitos políticos não deixaram de existir. De um lado havia as elites latifundiárias e industriais de São Paulo e de Minas Gerais e Rio de Janeiro, bem como os militares do alto oficialato e boa parte da classe média. De outro lado, havia os líderes sindicais, as ligas camponesas, os estudantes universitários, os servidores públicos – inclusive boa parte dos soldados das forças armadas e alguns políticos eleitos. Os Estados Unidos tiveram importante papel neste momento, discordando do governo brasileiro em uma série de questões econômicas e de segurança, acabando por influenciar os militares e facilitar a tarefa de justificar o golpe.³³⁵

No dia 13 de março de 1964 o presidente João Goulart realizou um grande comício no Rio de Janeiro, na Central do Brasil, defendendo as chamadas reformas de base, que atingiam as áreas administrativa, financeira, tributária e agrária. Em resposta a isto, em 19 de março de 1964, no centro de São Paulo, ocorreu a Marcha da Família com Deus pela Liberdade, que levou cerca de 200 mil pessoas às ruas e cujos objetivos eram: uma mobilização pública contra o governo de João Goulart; e impedir o estabelecimento do comunismo.

No dia 31 de março, tropas saídas de Minas Gerais e São Paulo avançaram sobre o Rio de Janeiro, local em que o governo federal contava com o apoio de setores importantes da oficialidade e das Forças Armadas. Para evitar a guerra civil, Goulart abandonou o país, refugiando-se no Uruguai.

³³⁴ ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: nunca mais, Projeto A*, 1985, p. 16.

³³⁵ PEREIRA, Anthony W. *Op. cit.*, p. 113.

No dia 1º de abril, o Congresso Nacional declarou a vacância da Presidência, tendo os comandantes militares assumido o poder. O governo militar estendeu-se até a abertura política de 1985, e foi marcado por autoritarismo, supressão dos direitos constitucionais, perseguição policial e militar, prisão e tortura dos opositores e pela censura prévia aos meios de comunicação. Cinco militares assumiram a presidência do país, sucedendo-se ao longo de 21 anos.

Dias após o golpe, em 9 de abril, decretou-se o Ato Institucional nº 1 (AI-1), que cassava mandatos e suspendia a imunidade parlamentar, a vitaliciedade dos magistrados, a estabilidade dos funcionários públicos e outros direitos constitucionais e que viria a ser o primeiro de uma série de atos. Em 15 de abril de 1964, o Congresso Nacional elegeu o general Castelo Branco para a presidência da República.

Após o golpe, iniciou-se no país a “Operação Limpeza”, destinada à erradicação das ameaças ao que se definia por segurança nacional. Nesses primeiros meses que se seguiram, dezenas de milhares de pessoas foram detidas, muitas vezes por um curto período de tempo. Como autorizou o AI-1, em cooperação com a polícia, o governo passou a instaurar inquéritos policiais militares com o escopo de investigar e erradicar os comunistas e simpatizantes do serviço público, das universidades, das empresas estatais e dos sindicatos. O AI-1 também conferiu ao Executivo poderes extraordinários, entre eles, o de caçar direitos políticos por um prazo de dez anos.³³⁶

Com base neste dispositivo, entre 1964 e 1973, foram privados dos direitos políticos 517 indivíduos, tendo sido cassados 541 mandatos eletivos, e aposentados compulsoriamente 1.968 servidores públicos e exonerou outros 1.815. Um dos principais alvos deste expurgo foram os militares, em igual medida do Exército, Marinha e Aeronáutica. Não era uma repressão violenta como a da Argentina, mas sem dúvida, mais ampla.³³⁷ Isto pode ser traduzido nos diplomas legais que envolveram a questão da segurança nacional.

Como ressalta MORAES FILHO³³⁸, no início do regime militar os crimes contra o Estado e a ordem política eram previstos na Lei nº 1.802/53. A partir de 15 de março de 1967, passou a vigor o Decreto-lei nº 314, editado pelo Presidente Castello

³³⁶ *Ibid.*, p. 117.

³³⁷ *Ibid.*, p. 117-118.

³³⁸ MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. *Lei de segurança nacional: um atentado à liberdade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 11-13.

Branco, com base no Ato Institucional nº 2. Sob a vigência do Ato Institucional nº 5, o Presidente Costa e Silva promulgou o Decreto-lei nº 510/69, com sensíveis majorações de penas, cerceamento de direitos de defesa e a prisão cautelar no inquérito, com incomunicabilidade do preso.

Meses depois, a Junta Militar, no exercício da Presidência da República, editou o Decreto-lei nº 898, fixando sanções como a prisão perpétua e a pena de morte, e restrições ainda maiores ao exercício do direito de defesa. Posteriormente, “sob a aragem da abertura e no esteio da anistia”, foi aprovado no Congresso Nacional, por decurso de prazo, o projeto de iniciativa do Presidente Ernesto Geisel, que se transformou na Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978, abolindo a pena de morte e a de prisão perpétua, além de promover a redução das demais sanções, promovendo a libertação, inclusive em razão do livramento condicional, dos condenados por crimes políticos. Manteve, entretanto, defeitos do decreto anterior, como por exemplo, a vacuidade na definição dos tipos, a repressão às liberdades públicas.

Notam-se no regime militar então instaurado momentos diferentes no que diz respeito a uma maior ou menor racionalidade em relação às questões políticas, uma maior ou menor repressão do governo.

De 1964 a 1967 o presidente Castelo Branco procurou exercer uma ditadura temporária. De 1967 a 1968 o marechal Costa e Silva tentou governar dentro de um sistema constitucional, e de 1968 a 1974 o país esteve sob um regime escancaradamente ditatorial. De 1974 a 1979, debaixo da mesma ditadura, dela começou a sair.³³⁹

Assim, o regime Costa e Silva, iniciado em março de 1967, teve amplo apoio dos nacionalistas e das alas mais “linha-dura” da repressão, atuando com base em um recrudescimento das liberdades civis. Contudo, este foi também o momento em que se iniciou a luta armada dos opositores do regime.

Em razão disto, promulgou-se o AI-5, que colocou o Congresso em recesso por tempo indeterminado, suspendeu a garantia de *habeas corpus* aos réus acusados da prática de crimes contra a segurança nacional e estabeleceu a censura aos meios de comunicação. Assim começava a fase escancaradamente ditatorial.³⁴⁰

³³⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado (IBCCRIM). *Informes nacionales. Brasil*. In: *Justicia de transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Uruguai: Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2009, p. 176.

³⁴⁰ ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Op. cit.*, p.30.

O governo Médici foi o que realizou o desmantelamento da luta armada, graças à eficiência do aparato estatal repressivo que se valeu de recursos como as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a prática da tortura. O Governo Geisel foi marcado pela chama abertura lenta, gradual e segura, onde o Presidente mostrou habilidade no trato com os militares radicais ao mesmo tempo que abria um diálogo com setores da sociedade que desejavam a redemocratização.³⁴¹

3.2.2. A “abertura lenta, gradual e segura”: a Lei de Anistia

O último presidente da ditadura militar foi o general João Baptista Figueiredo, que assumiu a presidência em março de 1979, marcado pela tentativa de conciliar a abertura política com questões que pudessem lidar com a crise econômica que se aprofundava.

No seu governo foi sancionada a lei brasileira de anistia. A Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, concedeu anistia a todos aqueles que, no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, praticaram crimes políticos ou conexos, que sob o argumento da pacificação nacional beneficiou os torturadores e as suas vítimas.³⁴²

Ao contrário do que ocorreu na Argentina, que declarou inconstitucionais as suas leis de anistia, o Poder Judiciário brasileiro não parece apoiou esta posição. O ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em contrariedade ao ocorrido em diversos países e às determinações internacionais de proteção aos direitos humanos, afirma que a punição dos crimes de tortura cometidos na ditadura seria uma retroação penal, afetando a segurança jurídica e o avanço cultural.³⁴³

³⁴¹ MOURA, Maria Thereza *et al.* *Op. cit.*, p. 177-178.

³⁴² BICUDO, Hélio; PIOVESAN, Flávia. A lei de anistia deve ser revista? In: *Folha de São Paulo*. Tendências e Debates. Disponível em: <<http://www.torturanuncamais-rj.org.br/sa/Artigos.asp?Codigo=38>>. Acesso em 10 de agosto de 2010.

³⁴³ LEAL, Cláudio. *Anistia: “Precisamos virar a página”, diz Mello*. Entrevista Terra Magazine. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,O12923068-E16578,00-Anistia+Precisamos+virar+a+página+diz+Mello.html>>. Acesso em 03 de junho de 2010.

3.2.3. A discussão no Brasil sobre as violações de direitos humanos ocorridas durante o último regime militar e sobre a lei de anistia

Por muitos anos, a discussão sobre as violações de direitos humanos ocorridas durante a repressão militar e a validade da anistia aplicada aos crimes cometidos por agentes estatais repressores manteve-se afastada da seara da responsabilidade penal, que, como demonstrado, consiste em uma das faces da realização da justiça de transição.

Contudo, pode-se notar que no Brasil a justiça de transição não é completamente ausente, uma vez que alguns dos chamados princípios de Chicago tiveram aqui sua aplicação, ainda que não se tenha realizado o primeiro princípio, ou seja, da persecução das violações de direitos humanos ocorridas durante a repressão política.

Neste contexto, surge com especial relevância a Comissão de Anistia. Ela foi criada pela Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que, guiada pelos princípios de reconciliação e pacificação trazidos pela lei 6.683 de 1979 – a Lei de Anistia – como uma Comissão Especial com a missão de esclarecer os fatos ocorridos entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Para isto, entre outros, deveria proceder ao reconhecimento de pessoas desaparecidas; pessoas que tenham participado de atividades relacionadas ao referido período e que tenham sido mortas por causas não naturais em dependências policiais ou assemelhadas e envidar esforços para a localização de corpos de pessoas desaparecidas no caso da existência de indícios quanto ao local que possam estar depositados.

De acordo com o artigo 9ª da lei que criou a Comissão, para o reconhecimento das pessoas desaparecidas, ela poderia solicitar documentos de qualquer órgão público; a realização de perícias; a oitiva de testemunhas e a intermediação do Ministério das Relações Exteriores para a obtenção de informações junto a governos e a entidades estrangeiras.

Como sintetiza RAIZMAN³⁴⁴, a lei, inicialmente, relacionava pessoas que tivessem desaparecido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, sendo que a ideia era de que ela fechasse o ciclo de reconciliação que teria sido iniciado

³⁴⁴ RAIZMAN, Daniel Andrés. *Op. cit.*, p. 128-129.

pela Lei de Anistia. Posteriormente, a lei nº 10.536, de 14 de agosto de 2002 ampliou o rol de pessoas que seriam reconhecidas como mortas pela Lei nº 9.140, ampliando o período temporal considerado na lei, sendo fixado o período de 2 de setembro de 1961 até 5 de outubro de 1988.

Em seguida, a lei 10.875, de 1º de junho de 2004, por sua vez, ampliou as possibilidades, estendendo as hipóteses às pessoas que, por terem participado, *ou terem sido acusadas de participação*, em atividades políticas, tenham falecido por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas, acrescentando também as que tenham falecido em virtude de repressão policial sofrida em manifestações públicas ou em conflitos armados com agentes do poder público; e que tenham falecido em decorrência de suicídio praticado na iminência de serem presas ou em decorrência de seqüelas psicológica resultantes de atos de tortura praticados por agentes do poder público.

As atividades da Comissão se seguiram neste sentido, encontrando, porém, algumas dificuldades no acesso aos arquivos, sendo muitos dos documentos por ela analisados considerados sigilosos. De toda forma, pode-se notar que estas atividades se pretendem a realizar algumas das premissas referentes à aplicação do segundo princípio de Chicago, que são o direito à verdade e a realização de investigações formais sobre as circunstâncias das violações de direitos humanos ocorridas.

Nota-se também que aliadas a estas expressões da busca à verdade, as reparações às vítimas de fato vêm ocorrendo, por meio da reparação das vítimas pelas violações sofridas, correspondentes ao terceiro princípio.

O afastamento da responsabilidade trazido pela anistia atua na esfera penal, não exclui, no caso, o pagamento destas indenizações às vítimas dos crimes anistiados ou seus familiares, pois incide apenas sobre a punibilidade de quem pratica o fato. Processos cíveis de reparação de danos ocorreram e ainda ocorrem.

Estes julgamentos são feitos pela chamada Comissão de Anistia, órgão vinculado ao Ministério da Justiça que, para analisar estes casos tem conselho formado por 22 integrantes e atua em duas instâncias. Seus conselheiros são indicados pelo presidente da Comissão e referendados pelo Ministro da Justiça.

Em 2007, o Estado teria gasto mais de 80 milhões de reais em indenizações, que ocorreram em pagamentos únicos, na hipótese de danos morais e em

pagamentos mensais, quando se comprovou a demissão em decorrência de perseguição política.³⁴⁵

Entretanto, a propositura de algumas ações vem extrapolando a pretensão indenizatória, reafirmando a realização do direito à verdade. Este é o caso do processo movido contra o Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, que comandou o DOI – Codi (Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna) de 1970 a 1974, órgão de inteligência do governo militar, destinado a combater o “inimigo interno”, apoiando-se na doutrina da segurança nacional.

Ele foi processado duas vezes, na esfera cível, posto que se beneficiou da anistia. Em 2005, a família Teles iniciou uma ação meramente declaratória, sem indenização pecuniária, para afirmar a prática de tortura contra os mesmos. O casal, com os dois filhos e sua tia, foi levado às instalações do DOI – Codi em São Paulo, por pertencer ao Partido Comunista e dar suporte aos guerrilheiros do Araguaia, onde foram torturados física e psicologicamente.³⁴⁶

Também se moveu ação cível contra o coronel em razão da morte do jornalista Luiz Eduardo da Rocha Merlino, torturado e morto no DOI – Codi, em 1971. O processo foi suspenso no Tribunal de Justiça de São Paulo, até que seja decidido se Ustra é beneficiado ou não pela lei de anistia.³⁴⁷

No dia 15 de maio de 2008, o Ministério Público Federal, em São Paulo, ajuizou uma ação civil pública contra Ustra e contra o militar Audir Santos Maciel, que também comandou, após o coronel, o DOI – Codi. A pretensão reúne três pedidos: que seja determinado o pagamento por parte destes militares das indenizações desembolsadas pela União para os ex-presos políticos que passaram pelo órgão; que as Forças Armadas declarem terem os dois comandado um centro de tortura, homicídios e prisões ilegais e que a União revele os nomes e as circunstâncias da prisão de todos que por lá passaram.³⁴⁸

³⁴⁵ FORTES, Leandro. Vozes na mata. In: *Revista Carta Capital*. 07 de maio de 2008. Ano XIV. Nº 494.

³⁴⁶ O GLOBO ONLINE. *Julgamento de Coronel Ustra, do DOI-Codi, é moral e político*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2006/11/08/286567412.asp>>. Acesso em 27 de março de 2008.

³⁴⁷ BOCCHINI, Bruno. *Justiça de SP suspende processo contra coronel Ustra, acusado de tortura em 1971*. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/05/13/materia.2008-05-13.8951647285/view>>. Acesso em 18 de maio de 2009.

³⁴⁸ GALHARDO, Ricardo. *Ação civil quer responsabilizar Ustra por tortura*. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/maio/acao-civil-quer-responsabilizar-ustra-por-tortura/>> Acesso em 20 de maio de 2009.

Outra importante decisão interna foi em relação à Guerrilha do Araguaia.³⁴⁹ Ela foi um movimento de caráter político e revolucionário, promovido pelo Partido Comunista do Brasil, no período compreendido entre 1966 e 1975, tendo as forças atuantes se estabelecido às margens do Rio Araguaia.

A sentença de segunda instância dada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região manteve, em 2005, a decisão monocrática que acolheu a pretensão autoral, determinando que a União informasse onde estão sepultados os restos mortais dos familiares dos autores, procedendo ao traslado das ossadas e sepultamento das mesmas e que fornecesse as informações necessárias à lavratura das certidões de óbito e todas as demais sobre a atuação militar no referido conflito. Para que se pudesse fazer cumprir a sentença, determinou, ainda, a intimação de todos os agentes militares, independentemente do cargo ocupado, que houvessem atuado nas operações em questão.³⁵⁰

Nota-se, portanto, que as ações que se têm proposto possuem um caráter de obtenção do reconhecimento dos crimes praticados, resgatando a memória dos anos de repressão, uma vez que a lei de anistia obstaculiza qualquer responsabilização penal.

3.2.3.1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153³⁵¹

Até recentemente, desde a edição da lei brasileira de anistia, em 1979, nada se havia debatido oficialmente a respeito da validade da lei. Durante o segundo mandato do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2007-2010), por significativa iniciativa do então Ministro da Justiça Tarso Genro, iniciaram-se alguns debates em relação às violações de direitos humanos ocorridas durante o período a que se refere a Lei nº 6.683/79.

³⁴⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 2003.01.00.041033-5 – DF. Disponível em <www.trf1.gov.br>. Acesso em 04 de setembro de 2009.

³⁵⁰ O Superior Tribunal de Justiça, em 2007, confirmou a decisão de 1ª instância, não havendo mais impetração de recursos.

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório e voto do Relator. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>>. Acesso em 17 de junho de 2011.

Foi em uma audiência pública realizada em 31 de julho de 2008 durante um evento que o que ocorreu no Ministério da Justiça, chamado de “Limites e Possibilidades para a Responsabilização Jurídica dos Agentes Violadores de Direitos Humanos durante o Estado de Exceção no Brasil”, que se promoveu o debate referente a uma mudança na interpretação da Lei de Anistia, com a possibilidade de responsabilizar penal e civilmente aqueles que cometeram crimes como os de tortura e estupro durante a ditadura militar.³⁵²

Ele contou com a presença de ministros, advogados e representantes de entidades da sociedade civil, centrando-se em torno da interpretação do artigo 1º e seu § 1º da Lei 6.683/79. Note-se que a discussão não versou sobre a validade ou não da Lei de Anistia, mas da interpretação do que se refere a concessão do instituto para determinadas espécies de crimes, que não poderiam se encaixar no categoria de crime político ou conexo.

É exatamente este o ponto central da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153³⁵³. Ela foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), aprovando a iniciativa do jurista Fábio Konder Comparato, que figurou como advogado da arguente na referida ação.

Assim, o dispositivo da Lei nº 6.683 questionado é o seu artigo 1º, mais especificamente, seu parágrafo 1º:

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 conexo 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.

A inicial busca a interpretação da Lei de Anistia conforme a Constituição, de modo a declarar que a anistia concedida por esta lei aos crimes políticos e conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos.

³⁵² OLIVEIRA, Hilem Estefânia Cosme de. *Um estudo sobre o impacto da decisão do STF na ADPF 153*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010, p. 41.

³⁵³ A *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* é uma modalidade de ação constitucional criada pela Constituição Federal de 1988, modificada pela reforma constitucional de 1993 e regulamentada pela Lei No. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Esta estabelece, em seu artigo 1º, que essa ação “será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por objetivo evitar ou reparar uma violação a um preceito fundamental que resulte de um ato do Poder Público”.

Segundo a arguente³⁵⁴, a interpretação dada ao referido dispositivo, concedendo a anistia a agentes públicos, entre outras, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, tortura e abusos sexuais contra opositores políticos fere uma série de preceitos fundamentais da Constituição.

3.2.3.1.1. As razões da inicial

Em primeiro lugar, destaca-se que afirmou a arguente, em relação aos crimes políticos a impossibilidade de conferir a prática dos mesmos aos agentes policiais e militares da repressão durante o regime em questão.

Isto porque, segundo a arguente, no período abrangido pela Lei de Anistia teriam vigorado sucessivamente três diplomas legais definidores de crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, sendo que, por certo, nenhum agente público que matou, torturou ou violentou sexualmente, cometeu quaisquer dos crimes neles dispostos.

Em relação à questão dos crimes conexos, alegou-se na inicial que a conexão criminal implica em uma identidade ou comunhão de propósitos ou objetivos. Segundo a inicial, o Código de Processo Penal, em seu artigo 76, I, *in fine*, reconhece também a conexão criminal quando os agentes criminosos atuam uns contra os outros, mas se trata puramente de uma regra de unificação de competência, que tem o fim de evitar julgamentos contraditórios, não sendo norma de direito material.

Além disso, argumentou-se que, excetuando-se esta questão processual, os crimes não teriam sido cometidos “por várias pessoas, umas contra as outras”, visto que os acusados de crimes políticos agiam não contra os agentes públicos que torturaram e mataram, mas contra a ordem política vigente.

A arguente menciona, ainda, a violação do preceito fundamental da *isonomia em matéria de segurança*. Para tanto, menciona o *caput* do artigo 5º, que determina a igualdade de todos perante a lei, sem distinção, “garantindo-se aos brasileiros e

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição inicial*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>>. Acesso em 17 de junho de 2011.

aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” e também o inciso XXXIX do mesmo dispositivo, que consagra a máxima do *nullum crimen sine lege*, que seria uma das aplicações mais antigas do princípio da isonomia em matéria de segurança.

Assim, conjugando esses dois fatores, entende-se que o indivíduo que pratique um crime – este definido em lei –, qualquer que seja sua condição pessoal, deve ser julgado de forma geral e impessoal. Alega a inicial que a anistia, ao contrário da graça e do indulto, não se refere a pessoas, mas a crimes objetivamente definidos em lei. Isto não ocorre na Lei nº 6.683/79, posto que para além dos crimes políticos, estende a anistia a classes absolutamente indefinidas de crimes: “crimes de qualquer natureza relacionados aos crimes políticos”.

Faz ainda o legislador o uso do termo *relacionados*, que carece de significação jurídica específica, ficando a arbítrio do magistrado sua definição. Assim, nos próprios termos da inicial:

[A] admitir-se a interpretação questionada da Lei nº 6.683, de 1979, **nem todos são iguais perante a lei em matéria de anistia criminal**. Há os que praticaram crimes políticos, necessariamente definidos em lei, e foram processados, e condenados. Mas há, também, os que cometeram delitos, cuja classificação e reconhecimento não foram feitos pelo legislador, e sim deixados à discricção do Poder Judiciário, conforme a orientação política de cada magistrado. Esses últimos criminosos não foram jamais condenados nem processados. Eles já contavam com imunidade penal durante todo o regime de exceção. O que se quer, agora, é perpetuar essa imunidade, sem que se saiba ao certo quem são os beneficiados.

Em seu artigo 5º, inciso XXXIII, a Constituição Federal determina o direito inerente a todos os indivíduos de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo, ou geral. A Lei nº 6.683, por sua vez, ao anistiar os crimes praticados pelos agentes do Estado estaria impedindo o acesso à verdade pela sociedade, o conhecimento das circunstâncias e dos autores das violações.

Ainda, de acordo com a inicial, a Lei de Anistia estaria desrespeitando o princípio democrático e o republicano, pois tratar-se-ia de uma lei editada por um Congresso composto por membros “eleitos sobre o *placet* dos comandantes militares”, com um terço dos Senadores eleitos pela forma indireta e mais, sancionada por um Chefe de Estado não eleito pelo povo. Em um regime republicano, ademais, não teriam os governantes o poder de anistiar criminalmente eles próprios, ou seus funcionários que executavam suas ordens. Não seria agir a serviço do bem comum, mas em seu próprio benefício.

A argumentação de que houve um acordo para se permitir a transição para um Estado de Direito implicaria em admitir a negociação da dignidade da pessoa humana, que teria sido trocada por uma suposta reconciliação nacional mais do que isso, a maioria das pessoas que havia se revoltado contra o regime com armas nas mãos já havia sido morta, sendo os presos políticos restantes praticantes apenas de delito de opinião. Assim, a lei adquiriria ainda mais um caráter de auto-anistia, servindo para encobrir os crimes praticados pela repressão.

Também alegou a inicial que a violação da dignidade humana não se legitimam com a reparação pecuniária concedida às vítimas e aos seus familiares, promovida pela lei nº 9.140/95 (reconheceu como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação em atividades políticas entre 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, dando outras providências, entre elas, a indenização das vítimas) ou pela Lei nº 10.559/2002 (trata do anistiado político e, entre outras, trata da reparação econômica, modificando o artigo 8º do ADCT).

Por fim, tem-se que a prática de tortura é crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, segundo o artigo 5º, XLIII da Constituição, sendo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos já vedava a submissão de qualquer indivíduo à tortura ou a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, havendo a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Pena Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Assim, universalmente elencada como prática aviltante, haveria como consequência a não recepção da interpretação dada à Lei nº 6.683/79.

Portanto, a pretensão aqui definida resume-se, em síntese, à solicitação de que o STF dê ao artigo 1º da Lei nº 6.683 uma interpretação conforme a Constituição, de maneira que a anistia concedida aos crimes políticos e conexos não se estenda aos crimes comuns praticados por agentes públicos acusados de homicídio, desaparecimento forçado, tortura, violência sexual, entre outros.

3.2.3.1.2. A decisão do Supremo Tribunal Federal

A ADPF 153 foi julgada entre os dias 28 e 29 de abril de 2010, cabendo sua relatoria ao então Ministro Eros Grau, que votou pela improcedência, sendo acompanhado por mais seis ministros: as Ministras Carmem Lúcia e Ellen Gracie e

os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Cesar Peluso. Já os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto entenderam ser a ADPF parcialmente procedente.

a) O voto do Ministro Eros Grau

O Ministro Relator, inicialmente, afastou todas as questões preliminares arguidas pela Advocacia Geral da União, pela Procuradoria Geral da República, pelo Ministério da Defesa e pelo Senado Federal, sendo nisso acompanhado por todos os ministros³⁵⁵. Em relação à primeira questão aventada, entendeu que está satisfatoriamente demonstrada a existência de polêmica quanto à validade constitucional da interpretação que reconheça a anistia aos agentes públicos que praticaram delitos por conta da repressão à dissidência política durante a ditadura militar.

O Ministro rejeitou a segunda preliminar, alegando que ela se confundiria com a própria questão de mérito. Trata ela da ausência de impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao tema, uma vez que, de acordo com os argüidos a inicial deveria ter questionado o § 1º do artigo 4º da Emenda Constitucional n. 26, de 1985. A preliminar relativa à falta de indicação das autoridades responsáveis pelos atos concretos de descumprimento de preceitos fundamentais também foi rejeitada.

Outra preliminar examinada pretendia ser a ação incabível porque a lei se voltaria contra atos cujos efeitos se esgotaram na data da sua edição. Sobre isso, o Ministro decidiu que nada impede que leis temporárias sejam questionadas por meio de ADPF. E sobre a última preliminar, levantada a respeito da prescrição dos crimes, o Relator afirmou que tal alegação não procede, pois a matéria de prescrição não prejudica a apreciação do mérito da ADPF, visto que somente se ultrapassada a controvérsia sobre a previsão abstrata da anistia abrir-se-á a oportunidade de apuração de prescrição.

Afastadas as questões preliminares, no mérito, o principal argumento trazido pelo Relator foi o de não caberia ao Judiciário fazer a revisão da Lei de Anistia, mas sim ao Legislativo. Para ele, o Judiciário não poderia, em um Estado Democrático de Direito, alterar, ou dar redação diversa a texto normativo.

³⁵⁵ Com exceção do Ministro Marco Aurélio, que entendeu não haver interesse processual, acolhendo a preliminar da prescrição dos crimes, bem como de eventuais indenizações.

Também rechaçou o Ministro o argumento levantado pela arguente de que a redação dada ao texto em questão seria propositadamente obscura, para que a anistia pudesse ser estendida aos agentes estatais, pois para ele todo texto normativo seria obscuro até a sua interpretação pelos tribunais. Buscou o Ministro a realização de uma interpretação histórica da lei, concluindo que a vontade do legislador era a de se estender a conexão aos agentes do Estado.

Salientou, ainda, que teria sido a lei um acordo político bilateral, cuja legitimidade não poderia ser questionada, pois seria um despreço àqueles que lutaram pela anistia, um marco do fim do regime de exceção.

O Ministro voto salientou que a anistia conferida em 1979 foi reafirmada pela Emenda Constitucional 26/85³⁵⁶, que marcou a ruptura com o regime constitucional vigente, abrindo caminho para a nova Constituição.

Finalizando o seu voto, o Ministro afirmou que a declaração de improcedência da ação não afasta ou exclui o repúdio a qualquer espécie de tortura, presente ou pretérita, salientando que é necessário o não esquecimento, para que nunca mais as coisas voltem a ser como no passado.

b) Os votos divergentes

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto decidiram pela parcial procedência da ação, para excluir da anistia dada pela lei os autores de crimes contra a humanidade.

Em sentido contrário ao afirmado pelo Relator, o Ministro Lewandowski considerou que a Lei de Anistia não resultou de um acordo político tácito, mas que ela foi produto da tentativa de “abertura lenta e gradual” promovida pelo Presidente Geisel já em razão da insatisfação popular com o regime e do acirramento das dissidências dentro do próprio sistema.

Ainda, aduziu que a legislação em questão está eivada de uma equivocidade ao buscar definir os crimes conexos e mais, que fala apenas em crimes políticos ou conexos, não se referindo aos crimes comuns. Com base na jurisprudência do

³⁵⁶ Art. 4º da EC 26/85: É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

próprio STF, afirmou que crimes hediondos não podem ser considerados crimes conexos aos políticos, em razão da utilização dos critérios da preponderância e da atrocidade do meio.

Afirmou o Ministro Lewandowski que a tortura, apesar de só tipificada na lei brasileira pela lei 9.455/97, sua prática jamais foi tolerada, em razão dos “compromissos nacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado”.

Por fim, o Ministro, afirmou o dever que o Brasil tem de investigar e punir os responsáveis por violações aos direitos humanos, por ser um Estado Parte do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e também da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Ministro Ayres Britto ressaltou que o texto da Lei de Anistia não foi claro e o fez de propósito, incluindo todas as pessoas que cometeram crimes e não só os comuns, como também os hediondos ou assemelhados, desde que por motivação ou sob tipificação política. Assim definiu que quem elaborou a lei procurou anistiar torturadores, estupradores e homicidas, mas não teve coragem de fazê-lo. Segundo ele, se era essa a intenção do Congresso Nacional, teria que ter sido feita de forma clara.

Afirmou ainda o Ministro que uma interpretação da Lei de Anistia conforme a Constituição implica em excluir qualquer interpretação do texto em questão que estenda à anistia os crimes previstos no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal.

3.3. Algumas comparações entre a justiça de transição na Argentina e no Brasil sob o aspecto da responsabilização penal

Cabe ressaltar que, além das diferenças existentes entre os regimes militares no Brasil e na Argentina, a forma pela qual se promoveu, ou se tentou promover a persecução da violação de direitos humanos também foi distinta, como se pode perceber.

Em primeiro lugar, o questionamento das leis de anistia se deu em esferas diferentes, sendo na Argentina realizada por meio do caso concreto, tendo sido nas instâncias inferiores declarada a inconstitucionalidade das leis do Ponto Final e da Obediência Devida, hipótese confirmada pela Corte Suprema do país. O Brasil, por sua vez, não questionou a validade da lei em si, mas a interpretação dada a um dispositivo específico da mesma.

Algumas questões aqui levantadas dizem respeito a aspectos particulares da lei de anistia brasileira, outras se referem a questões comuns a estes países, versando sobre a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em contraste com a proposta de reconciliação nacional fundada na vedação da persecução penal das violações aos direitos humanos.

Ao contrário do realizado até então no presente trabalho, partindo-se do específico para o geral, destaca-se o problema dos crimes políticos e conexos, ou praticados por motivação política, trazidos à lume pela Lei nº 6.683.

A questão central da ADPF 153 é sobre terem ou não os agentes do Estado praticados crimes políticos e conexos e se a interpretação do respectivo dispositivo da Lei nº 6.683 deve ser considerada conforme a Constituição. Em primeiro lugar, cabe definir o que seria um crime político.

De acordo com BOTTINI e TAMASAUSKAS³⁵⁷, na doutrina brasileira é possível encontrar três posições para fixação dogmática do crime político. Em primeiro lugar, a teoria objetiva, que relaciona a natureza do crime unicamente aos bens jurídicos violados: o modelo de Estado, a ordem política e social, a soberania, ou a estrutura organizacional de determinado regime.

A outra teoria seria a subjetiva, que diz respeito à motivação do agente, ou seja, não se trata da qualidade do bem jurídico, mas das intenções políticas do autor do delito. A terceira teoria, mista, define como políticos “os delitos praticados contra bens jurídicos essenciais à ordem legal e constitucional, mas exige a caracterização da motivação política, a intenção de transformar as bases que sustentam determinado modelo de organização pública”.³⁵⁸

Ainda de acordo com os mencionados autores, a legislação brasileira não dispõe com clareza sobre seus elementos, mas afasta terminantemente a

³⁵⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. *Lei de anistia: um debate imprescindível*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas. Coord. Ana Elisa Libertatore S. Bechara. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminas. Ano 17, n. 77, mar.-abr./2009, p. 105.

³⁵⁸ *Loc. cit.*

possibilidade da conceituação meramente subjetiva. Isto porque, ao definir os crimes políticos, faz sempre a referência e identificação aos bens jurídicos protegidos.

Mais do que isso, os próprios autores apresentam uma série de decisões do próprio STF sobre a definição do que seria crime político, que se baseia sempre na conjugação destes dois aspectos.³⁵⁹

Parece, desta forma, não haver a possibilidade de se determinar as violações de direitos humanos praticadas por agentes do Estado no conceito de crime político, pois não haveria, de plano, a conjugação da motivação política com a violação de bens jurídicos essenciais à ordem legal e constitucional. A questão mais intrincada refere-se à ampliação da anistia para os crimes conexos, uma vez que a própria lei define, ainda que de maneira ampla e imprecisa, que seriam conexos *os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política*.

Com base no conceito dogmático de conexidade, Pierpaolo Bottini defende que seria possível, conjugando disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal, apontar as formas possíveis de conexão: a *conexão material*, que seria resultante da existência de concurso formal, material ou crime continuado; a *conexão intersubjetiva*, por autoria colateral ou por concurso de pessoas; a *conexão objetiva*, prática de duas ou mais infrações, quando uma delas visa ocultar ou facilitar a prática da outra; a *conexão probatória*, quando a prova de uma infração ou de suas circunstâncias elementares influi na prova de outra infração e a *conexão intersubjetiva por reciprocidade*, quando duas ou mais infrações são praticadas por várias pessoas, umas contra as outras.

Assim, as únicas hipóteses que em tese serviriam ao caso em questão, seriam as duas últimas, a conexão probatória e a intersubjetiva por reciprocidade. Mesmo considerando isto, estas duas espécies de conexão seriam, reafirmando a ideia anterior sobre crimes políticos, apenas uma questão de racionalidade e eficácia do exercício da jurisdição.³⁶⁰

Sobre este tema, no entanto, pode-se encontrar a opinião contrária de Swensson Junior, esposada por Nilo Batista no prefácio do livro *Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. Afirma Batista que

“Swensson Junior tem a coragem de formular a pergunta politicamente incorreta, mas juridicamente indispensável: os agentes do subsistema penal DOPS-DOI/CODI

³⁵⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. *Op. cit.*, p. 106-107.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 111-112.

atuaram por 'razões pessoais' (sadismo, desafetos etc.) ou por 'razões políticas – por exemplo, para salvaguardar o país dos comunistas'?"³⁶¹

Entretanto, como bem parece ter alegado a OAB em sua petição inicial, não havia a prática de crimes por várias pessoas, umas contra as outras, de fato os opositores acusados de crimes políticos não os praticavam contra os agentes do Estado que torturaram e mataram, mas contra a ordem política vigente, devendo as condutas conexas se caracterizar em sua consonância e não em sua oposição.

Seus crimes eram tipificados de acordo com a lei de segurança nacional, dispositivo que, como já visto, traz a proteção de um bem jurídico específico. É razoável, portanto, que esses crimes conexas a que a Lei de Anistia se refere e define se insiram no contexto da luta ou oposição à ordem política vigente.

Outras questões também se apresentam no que tange à aplicação das leis de anistia e a possibilidade de responsabilização penal.

Como assevera o Ministro Ayres Britto a intenção com que se elaborou a Lei de Anistia era, encoberta pela imprecisão e vacuidade dos termos utilizados, de anistiar as violações de direitos humanos praticadas pelos agentes do Estado. Nasce, portanto, a lei com um forte caráter de auto-anistia.

Isso fica mais claro ao se considerar o parágrafo 2º do artigo 1º da Lei nº 6.683, que definia estarem excluídos *dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal*.

Assim, o seu parágrafo 1º, anteriormente discutido, que deu azo a esta interpretação mais do que ampla de crimes conexas, conjugado com o parágrafo 2º mostra que a intenção inicial era de abranger os agentes do governo que praticaram crimes comuns como tortura, violência sexual e homicídio e excluir os opositores. Isto porque, em regra, eram essas condutas descritas no parágrafo 2º típicas da resistência ao regime, sendo à época seus atos considerados por parte do Estado como terrorismo.³⁶²

A contestação da lei de anistia no Brasil, bem como sua decisão, foram escassas no que se refere à utilização dos argumentos provenientes da aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que são determinantes principalmente

³⁶¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2010, p.8.

³⁶² Mais tarde, a jurisprudência do STM estendeu o benefício, diante do tratamento desproporcional. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Loc. cit.*

como bases em relação à impossibilidade de persecução das violações em razão do princípio da legalidade que, entre outras coisas, determinaria a prescrição dos crimes.

Esta seria uma questão subsidiária no caso brasileiro, a ser aferida a partir da declaração de interpretação da lei de anistia em contrariedade à Constituição, se ela tivesse existido, todavia, serviu como argumento para o Ministro Marco Aurélio acolher a preliminar da parte arguente, decidindo a questão sem resolução de mérito. Mas é tema fundamental na discussão da justiça de transição.

A defesa da aplicação do princípio da legalidade tal como se conhece no ordenamento interno determina que o crime de tortura só foi tipificado na legislação pátria por meio da Lei nº 9.455, de 1997, ou seja, posterior aos fatos em questão e que, em relação às demais condutas praticadas por agentes do Estado, teria havido já a prescrição penal.

Nesta linha, sustenta-se também, que a internacionalização da Convenção Americana e de outros dispositivos como a Convenção para Prevenção da Tortura e a sobre a Imprescritibilidade dos Crimes Contra a Humanidade também teriam sido póstumos aos fatos.

A declaração de inconstitucionalidade das leis do ponto final e da obediência devida na Argentina, como visto, se fundaram fortemente na existência de obrigações internacionais do governo argentino no sentido de promover a persecução das violações massivas de direitos humanos e recorreu a uma interpretação da legalidade considerando o âmbito internacional de aplicação.

É neste sentido que se posiciona o movimento atual da justiça de transição.

Considera o Direito Internacional dos Direitos Humanos que o princípio da legalidade no âmbito do direito internacional não se refere à necessidade de tipificação específica das condutas, mas a sua reprovação já amplamente manifestada pelo costume internacional.

Assim, considera-se também que as Convenções internacionais relativas à proteção dos direitos humanos repetem a vigência de direitos já existentes de forma consuetudinária e consolidadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é posterior ao referido regime de exceção.

Várias das condutas praticadas pelos agentes do Estado se encaixariam na conduta de crimes contra a humanidade, sistematizada pelo Estatuto de Roma, a

partir de considerações já existentes e vigentes na ordem internacional. Assim, haveria a imprescritibilidade dos mesmos, o que possibilitaria a persecução penal.

Como bem afirma BASSIOUNI ao tratar da questão da anistia em contraste com a responsabilização penal neste contexto pelo qual passaram as nações da América Latina, a suposta necessidade deste tipo de lei para a transição democrática, para alegados fins de reconstrução e reconciliação nacional foi alegada pelo Estado, tendo sido efetivamente posta em prática. Contudo ela gera uma responsabilidade internacional ao mesmo, por desrespeito às disposições internacionais sobre em tema.

Assim, nota-se que o Supremo Tribunal Federal manteve todos os efeitos e interpretações da lei de anistia brasileira, o que resultou na imposição de um obstáculo real à persecução das violações massivas de direitos humanos ocorridas durante o regime militar. Esta decisão corroborou a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelos motivos que se seguem.

3.3.1. A condenação do Brasil pela decisão da Corte Interamericana de Direitos humanos³⁶³

A demanda na Corte Interamericana de Direitos Humanos do caso Gomes Lund e outros contra o Brasil referiu-se à submissão por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da questão relacionada à alegada responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre comunistas e camponeses da região e a execução arbitrária de Maria Lúcia Petit da Silva, como resultado de operações do exército, entre 1972 e 1975 brasileiro para erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar.

Além disso, segundo a Comissão, a edição da Lei nº 6.683/79 impediu o Estado de investigar, julgar e punir estas violações de direitos. Também os recursos judiciais de natureza civil para obter informações não foram efetivos para assegurar as famílias da vítima o direito de acesso a informações sobre a Guerrilha do

³⁶³ CORTEIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos). *Gomes Lund vs. Brasil*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 15/01/2011.

Araguaia, posto que o Estado, por medidas legislativas e administrativas, restringiu esse direito.

A Comissão solicitou à Corte que declarasse que o Estado brasileiro é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (o direito à vida), 5 (o direito à integridade pessoal), 7 (o direito à liberdade pessoal), 8 (o direito às garantias judiciais), 13 (o direito à liberdade de pensamento e expressão) e 25 (o direito à proteção judicial), todos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações nela previstas nos artigos 1.1 (a obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (o dever de adotar disposições de direito interno necessárias para tornarem efetivos os direitos definidos na Convenção). A Comissão ainda solicitou à Corte que ordenasse ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação.

Os familiares das vítimas foram representados pelo Grupo Tortura Nunca Mais, Pela Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL). Os representantes, além das violações dos referidos artigos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, argüiram a condenação a partir da violação dos artigos 1, 2, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, que dizem respeito, basicamente, à obrigação dos Estados em prevenir e punir a tortura cometida em seu território.

Em sua defesa, o Estado brasileiro arguiu como exceções preliminares que a Corte reconheça a sua incompetência *ratione temporis* para examinar as supostas violações ocorridas antes do reconhecimento de sua jurisdição contenciosa pelo Brasil; que se declare incompetente, em virtude da falta de esgotamento dos recursos internos; e que archive de imediato o caso, ante a manifesta falta de interesse processual dos representantes. Na audiência pública, realizada nos dias 20 e 21 de maio de 2010, foi oposta mais uma exceção, a “regra da quarta instância”, em relação a um fato que considerou superveniente.

No mérito, solicitou o reconhecimento de todas as ações empreendidas pelo Estado no âmbito interno e que julgue improcedente todos os pedidos da Comissão, uma vez que estaria “sendo construída no país uma solução, compatível com suas particularidades, para a consolidação definitiva da reconciliação nacional”.

a) A incompetência temporal do tribunal

Em relação à exceção de incompetência temporal do tribunal, a Comissão alegou que a demanda se refere unicamente às violações de direitos previstos na Convenção Americana que são posteriores ao reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte pelo Estado brasileiro, em 1998, ou que perduraram após esta data, em razão da natureza continuada do desaparecimento forçado.

A Corte reconheceu de forma parcial a alegação do Estado brasileiro, pois de acordo com a própria Convenção, a Corte deve respeitar a data de reconhecimento de sua competência por parte do Estado³⁶⁴, no Brasil ocorrida em 10 de dezembro de 1998, determinando a exclusão de sua competência em relação à execução de Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996.

E mais, alegou a Corte que o caráter contínuo e permanente dos desaparecimentos forçados foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e reafirmado no caso contencioso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, posto que o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos.

Assim, a Corte reconheceu sua competência para analisar os supostos fatos e omissões do Estado, ocorridos depois da referida data, relacionados com a falta de investigação, julgamento e sanção das pessoas responsáveis pelos alegados desaparecimentos forçados e execução extrajudicial; a alegada falta de efetividade dos recursos judiciais de caráter civil a fim de obter informação sobre os fatos; as supostas restrições ao direito de acesso à informação, e o alegado sofrimento dos familiares.

b) A falta de interesse processual

Em primeiro lugar sustentou a Corte que a decisão da Comissão Interamericana de submeter um caso à jurisdição do Tribunal é uma atribuição

³⁶⁴ O artigo 62.1 da Convenção estabelece: “Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.”

própria e autônoma, não podendo ser os motivos que determinaram esse envio matéria de exceção preliminar.

Ainda, decidiu a Corte no sentido de que as ações que o Estado afirma que adotou para reparar as supostas violações cometidas no presente caso, ou evitar sua repetição, podem ser relevantes para a análise sobre o mérito do caso e, eventualmente, para as possíveis reparações que se ordenem, mas não têm efeito sobre o exercício da sua competência contenciosa.

c) A falta de esgotamento dos recursos internos

Inicialmente, salientou a Corte que uma objeção ao exercício de sua jurisdição, baseada na suposta falta de esgotamento dos recursos internos, deve ser apresentada no momento processual oportuno, que é a etapa de admissibilidade do procedimento perante a Comissão.³⁶⁵ Assim, antes de submeter o procedimento à Corte, a Comissão realiza o juízo sobre o esgotamento ou não dos recursos internos, que cabe ao Estado indicar.

A Corte analisou também a alegação do Estado em relação à existência de ação ordinária³⁶⁶ como recurso interno, ainda pendente. No momento em que a Comissão elaborou seu Relatório sobre a questão em 6 de março de 2001, passados mais de 19 anos do início dessa ação, não havia uma decisão definitiva do mérito no âmbito interno. Por esse motivo, a Comissão concluiu que o atraso do processo não podia ser considerado razoável, não se pode exigir o esgotamento dos recursos internos, no caso³⁶⁷.

³⁶⁵ “Artigo 41. A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: [...] d) solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos”.

³⁶⁶ A já mencionada ação proposta perante à Justiça Federal, para apurar as circunstâncias relacionadas à Guerrilha do Araguaia.

³⁶⁷ “Artigo 46. 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44º ou 45º seja admitida pela Comissão, será necessário:

a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;

b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e

d) que, no caso do artigo 44º, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao

d) A falta de esgotamento em virtude da ADPF 153 e a regra da “quarta instância”

O Estado brasileiro argumentou que lhe deveria ser facultada a oportunidade de debater e deliberar democraticamente o tema relacionado ao objeto da demanda no âmbito de seu ordenamento jurídico interno. Ressaltou, para tanto, a existência em especial a ADPF 153, que, à época, ainda estava pendente de decisão. Posteriormente o Estado brasileiro informou que o Supremo Tribunal Federal a havia declarado improcedente, ao considerar que a Lei de Anistia representou uma etapa necessária ao processo de reconciliação e redemocratização do país.

Com base nesta recente decisão, o Estado questionou a competência da Corte Interamericana para revisar decisões adotadas pelas mais altas cortes de um Estado, indicando que este Tribunal não pode analisar as questões de mérito da presente demanda ocorridas até 29 de abril de 2010, em virtude do não esgotamento dos recursos internos.

A Corte considerou que, com base na ADPF 153, o Estado apresentou duas exceções preliminares, uma relativa à falta de esgotamento dos recursos internos e outra relacionada com a fórmula da quarta instância. Quanto à primeira dessas alegações, a Corte já estabeleceu a preclusão desta exceção (item anterior).

E mais, considerou a Corte que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não é um recurso que se possa considerar disponível, não somente porque não estava regulamentada no momento da interposição da denúncia perante a Comissão, mas também porque os particulares, como os familiares das supostas vítimas, não estão legitimados para utilizá-lo, dado que os únicos legitimados para interpor essa ação são determinados funcionários e instituições do Estado e coletivos sociais.

Ainda, decidiu a Corte que a demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretendia revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, decisão que nem sequer havia sido emitida quando da submissão da demanda perante a Corte Interamericana, mas sim que se estabelecesse se o Estado violou

presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los;
e, c) *houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.*

determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana.

Não se solicitou à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno, mas que seja realizado um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana, motivo pelo qual foi também afastada esta exceção.

e) A questão de mérito

Decididas as questões preliminares a Corte resolveu o mérito, decidindo por unanimidade a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação de diversos direitos estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, em sentença de 24 de novembro de 2010.

Determinou a Corte que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

Decidiu também que o Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, que estão estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Ainda mais, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos, o Estado brasileiro descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana de Direitos Humanos, contida em seu artigo 2. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas

desaparecidas e por exceder o prazo razoável da ação ordinária, em prejuízo dos familiares indicados.

Foi atribuída também responsabilidade ao Estado pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido.

Como a sentença da Corte Interamericana também tem um caráter de reparação, foram feitas várias determinações a serem cumpridas pelo Estado brasileiro.

O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença.

Assim, determinou a Corte que o Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares. Deve, ainda, oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido, além de indenizar as vítimas dano material, por dano imaterial e restituir as custas e os gastos da demanda.

O Estado deve, de acordo com a sentença da Corte, realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso. Além disso, deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas.

Foi determinado o dever do Estado de adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos e, enquanto cumpre com esta medida, deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno.

O Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia,

assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma.

O Estado brasileiro, a partir da notificação pela Corte tem o prazo de um ano para apresentar à mesma um informe acerca das medidas adotadas para o cumprimento da decisão.

Assim, a partir desta decisão, o Estado brasileiro, em que se pese a posição do Supremo na ADPF 153, deverá rever a própria lei de anistia, que foi considerada incompatível com as disposições da Convenção, para garantir a ampla vigência dos direitos humanos em seu território.

4. CONCLUSÃO

A justiça de transição ou justiça pós-conflito assume uma importância muito grande no contexto do Direito Penal Internacional, tendo como premissa fundamental a reconciliação e pacificação nacional no contexto pós-conflito, ou em territórios governados por regimes autoritários e violatórios dos direitos humanos.

Para alcançar estes objetivos, bem como a consolidação de um Estado de Direito fundado nos valores democráticos, diferentes são os mecanismos utilizados. Contudo, é indispensável que se conheça e considere os aspectos culturais, sociais, políticos e econômicos que permeiam o conflito, além das próprias sociedades que sobrevivem após a sua cessação.

Há, de fato, uma dicotomia, uma oposição entre esquecimento e punição – ou responsabilização penal dos autores de violações aos direitos humanos – que parece se resolver a partir de uma política de persecução dos abusos, como meio capaz de evitar que se realizem outros e com forte apelo simbólico, no sentido de que o desrespeito a estes direitos não será tolerado pelo novo governo e tampouco pela comunidade internacional.

Neste sentido, os Princípios de Chicago consistem em importantes diretrizes gerais para a aplicação da justiça de transição em contextos locais, uma vez que trazem as medidas indispensáveis a serem tomadas pelos Estados. Estas consistem na persecução dos autores de graves violações aos direitos humanos; no respeito ao direito à verdade e realização de investigações formais por violações ocorridas, seja por meio da criação de comissões de verdade, seja por meio da atuação de outros órgãos institucionais; na necessidade de se conferir um status especial às vítimas, assegurando o acesso à justiça e promovendo as devidas reparações; na implementação de “políticas de veto”, sanções e medidas administrativas destinadas aos agentes associados ao regime anterior; na necessidade de criação programas oficiais e iniciativas populares que promovam a preservação memória, transmitindo à sociedade o histórico dos abusos sofridos; no apoio e respeito das abordagens tradicionais, indígenas e religiosas que se manifestem em relação às violações cometidas, geralmente ignoradas neste processo de transição e, por fim, na

promoção de reformas institucionais de apoio ao Estado de Direito, restaurando a confiança pública e o sistema de proteção de direitos fundamentais.

As raízes da justiça de transição se encontram no período do pós Segunda Guerra Mundial – apesar de alguns traços da mesma poderem ser reconhecidos no momento entre guerras, a partir da definição do crime de agressão e a conseqüente responsabilização dos Estados envolvidos.

Desta forma, o primeiro momento de responsabilização penal, conferida às pessoas envolvidas em sérias violações aos direitos humanos, emerge com os julgamentos de Nuremberg – tribunal que sofreu uma série de críticas, em razão de uma violação ao princípio da legalidade e por ser considerado um tribunal de vencedores contra vencidos. Todavia, deve-se reconhecer a importância destes julgamentos como símbolo da reprovação das atrocidades cometidas e do fato de que efetivamente houve o julgamento dos responsáveis promovidos pelos Estados e não meras execuções sumárias.

Assim, a primeira fase da justiça de transição representou uma série de avanços em relação à persecução das mais graves violações dos direitos humanos, delineando a posição de pronta reprovação e de intolerância em relação às mesmas a partir da responsabilização individual.

Já na segunda fase fez-se presente a aplicação significativa de mecanismos de transição que se propunham à pacificação nacional, como é o caso da edição das leis de anistia e a criação das comissões de verdade. Esta fase da justiça de transição, ao contrário do ocorrido anteriormente na primeira fase – marcadamente com a realização dos julgamentos de Nuremberg – representou uma etapa de responsabilização penal por parte de um pequeno número de participantes dos regimes, primordialmente na figura de seus líderes.

A terceira fase surgiu a partir da evolução das outras duas, trazendo a justiça de transição como um tema central do Direito Internacional, onde já não mais se questiona a possibilidade de responsabilização penal, mas como se realizar a mesma.

Há a consolidação do comprometimento com a persecução dos responsáveis pelas violações aos direitos humanos, por meio de uma expansão destes direitos e a constituição de um novo paradigma de Estado de Direito. Nota-se, portanto, um desenvolvimento constante dos mecanismos de justiça de transição, a partir de uma composição entre mecanismos de reparação das vítimas, reconhecimento de um

passado de violações, afirmação da democracia e do Estado de Direito e, fundamentalmente, a partir da premissa de que as atrocidades cometidas não podem carecer de persecução, sendo esta uma obrigação do Estado e uma condição para as almejadas reconstrução e pacificação nacionais.

Feitas essas considerações, constata-se que, em que se pesem as diferenças entre a repressão argentina e brasileira, elas podem se encaixar em um mesmo contexto de violação dos direitos humanos, em algo que é como a reavaliação da segunda fase da justiça de transição a partir das proposições da terceira fase.

Assim, deve-se considerar a aplicação de uma série de mecanismos internacionais de proteção, tanto no âmbito global quanto no âmbito regional para que se proceda à persecução das violações de direitos humanos ocorridas. Considerando-se o caso argentino nota-se que o país - onde a oposição foi praticamente exterminada, com altíssimos índices de mortalidade - desde o início da transição democrática questiona os instrumentos que impediram a responsabilização penal.

Tanto foi assim que adotou na maneira mais ampla as disposições internacionais da Convenção Americana, que determinam a obrigação dos Estados em relação à persecução, absorvendo aspectos de outras Convenções sobre direitos humanos, ao determinar a ocorrência dos desaparecimentos forçados e da tortura, considerando-os como crimes contra a humanidade e, portanto imprescritíveis. Assim, a Argentina declarou inconstitucionais as suas leis de anistia.

O Brasil, por sua vez, pretendeu uma avaliação sobre a interpretação em conformidade com a Constituição no que se refere ao conceito de crimes políticos e conexos. Foi uma reavaliação mais restrita do que a da Argentina, e por isso também, muito menos controversa do que a aceitação irrestrita das disposições internacionais, principalmente em relação à questão da legalidade penal.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal resolveu manter o entendimento de que os crimes comuns praticados por agentes do Estado, que consistem em flagrantes violações aos direitos humanos também são abarcados pela anistia concedida por meio da Lei 6.683/79.

Para agravar a situação, foi o Estado brasileiro condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, dentre outras, dispôs que a lei de anistia brasileira viola dispositivos constantes da Convenção Americana. Isto gerou uma

responsabilidade internacional para o Brasil, que deverá encontrar meios para pôr em prática as determinações da Corte.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. Rev. Pablo Alfen e Fabio D'Avila. Atual. Kai Ambos e Miguel Lamadrid. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Processando crimes internacionais em nível nacional e internacional: justiça x realpolitik*. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Coord.). *Direito penal internacional, estrangeiro e comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANISTIA INTERNACIONAL. Informe 2008. Disponível em <<http://thereport.amnesty.org/prt/Homepage>>. Acesso em 10 de junho de 2009.

ARGENTINA. Secretaría de medios de comunicación. *Del horror a la esperanza*. Disponível em: www.24demarzo.gov.ar. Acesso em 26 de abril de 2010.

_____. Sítio oficial do governo da Argentina. Disponível em: <<http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/paginas.dhtml?pagina=387>>. Acesso em 23 de março de 2010.

_____. *Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Caso Arancibia Clavel. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/ver_fallos.jsp>. Acesso em 23 de outubro de 2009.

_____. *Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Caso Poblete. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/ver_fallos.jsp>. Acesso em 23 de outubro de 2009.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: nunca mais, Projeto A*, 1985.

ASOCIACIÓN ABUELAS DE LA PLAZA DE MAYO. *La historia de las abuelas*. 2007 Disponível em: <<http://www.abuelas.org.ar/material/documentos/abuelas30.pdf>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2009.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction*. In: *The pursuit of International Criminal Justice: a world study on conflicts, victimization, and post-conflict justice*. Volume 1. BASSIOUNI, M. Cherif. (ed.). Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2010.

_____. *International Guidelines on Post-Conflict Justice: The Chicago Principles*. In: *The pursuit of International Criminal Justice: a world study on conflicts, victimization, and post-conflict justice*. Volume 1. BASSIOUNI, M. Cherif. (ed.). Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2010.

BASSIOUNI, M. Cherif, ROTHENBERG, Daniel. *Facing atrocity: the importance of guiding principles on post-conflict justice*. The Chicago Principles on Post-Conflict Justice. International Human Rights Law Institute, 2007.

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

BATISTA, Vanessa; BOITEUX, Luciana; HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Justiça de transição e direitos humanos na América Latina e na África do Sul*. Revista OABRJ, v.25, n.02, p. 55-75, 2010.

BERISTAIN, Carlos Martín. *Reconciliación y democratización en América Latina: un análisis regional*. In: *Verdad, justicia y reparación*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2005.

BERNAZ, Nadia; PROUVÈZE, Rémy. *International and domestic prosecutions*. In: *The pursuit of International Criminal Justice: a world study on conflicts, victimization, and post-conflict justice*. Volume 1. BASSIOUNI, M. Cherif. (ed.). Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2010.

BICUDO, Hélio; PIOVESAN, Flávia. *A lei de anistia deve ser revista?* In: *Folha de São Paulo. Tendências e Debates*. Disponível em: <<http://www.torturanuncamais-rj.org.br/sa/Artigos.asp?Codigo=38>>. Acesso em 10 de agosto de 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral, vol. 1*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Estado, governo, sociedade*. Para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* – v. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOCCHINI, Bruno. *Justiça de SP suspende processo contra coronel Ustra, acusado de tortura em 1971*. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/05/13/materia.2008-05-13.8951647285/view>>. Acesso em 18 de maio de 2009.

BOITEUX, Luciana. *Os princípios penais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional à luz do direito brasileiro*. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Coord.). *Direito penal internacional, estrangeiro e comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. *Lei de anistia: um debate imprescindível*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Coord. Ana Elisa Libertatore S. Bechara. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 17, n. 77, mar.-abr./2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 2003.01.00.041033-5 – DF. Disponível em <www.trf1.gov.br>. Acesso em 04 de setembro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Relatório e voto do Relator*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>>. Acesso em 17 de junho de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Petição inicial*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>>. Acesso em 17 de junho de 2011.

CAMUS, Ignacio González. *El día en que murió Allende*. Santiago: Ediciones ChileAmérica, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol. I. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. *O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção*. In: *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro*. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao código penal, vol. IV*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

CASSESE, Antonio. *De Nuremberg a Roma: dos tribunais militares internacionais ao tribunal penal internacional*. In: O direito penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do tribunal penal internacional. AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (Orgs.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *International criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

CELETTI, Cristina. *Os precedentes do tribunal penal internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira*. In: *Jus Navigandi*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3986>. Acesso em: 05 de abril de 2009.

CENTRO DE ESTUDOS LEGALES Y SOCIALES. *Las leyes de Punto Final e Obediencia Debida son inconstitucionales*. Disponível em: <http://mamoria.cels.org.ar>. Acesso em 15 de setembro de 2007.

CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos). *Países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm. Acesso em: 14 de julho de 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORTEIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos). *Barrios Altos Vs. Peru*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.doc. Acesso em 20 de agosto de 2010.

_____. *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc. Acesso em 15 de setembro de 2010.

_____. *Gomes Lund vs. Brasil*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 15/01/2011.

COTTA, Elaine. *Suprema Corte argentina reavalía leis de anistia*. Folha de São Paulo, 02/08/2003. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u60991.shtml>. Acesso em 25 de outubro de 2007.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Autoría e participación em el domínio de la criminalidad organizada: El “dominio de la organización”*. In: *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; BORRALLO, Enrique Anarte (Eds). Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DULITZKY, Ariel E.; GALLI, Maria Beatriz. *A comissão interamericana de direitos humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. In: *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro*. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DULITZKY, Ariel E.; GALLI, Maria Beatriz; KRSTICEVIC, Viviana. *A corte interamericana de direitos humanos: aspectos procedimentais e estruturais de seu funcionamento*. In: *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro*. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A lei de anistia deve ser revista?* In: *Folha de São Paulo*. Tendências e Debates. Disponível em: <<http://www.torturanuncamais-rj.org.br/sa/Artigos.asp?Codigo=38>>. Acesso em 10 de agosto de 2010.

FORTES, Leandro. *Vozes na mata*. In: *Revista Carta Capital*. 07 de maio de 2008. Ano XIV. Nº 494.

GALHARDO, Ricardo. *Ação civil quer responsabilizar Ustra por tortura*. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/maio/acao-civil-quer-responsabilizar-ustra-por-tortura/>> Acesso em 20 de maio de 2009.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, vol. 1, tomo II. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad – Editor de Livros de Direito, 1954.

GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. *O Estatuto de Roma e o princípio da legalidade: os limites da imputação penal internacional*. Dissertação (Mestre. Área

de concentração em Direito, Estado e Sociedade). Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador: Prof. Dr. Welber Oliveira Barral, 2006.

HARDY, Francisco. *O pavio curto da América Central*. Rio de Janeiro: Codecri, 1984.

HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. Rev. Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNTINGTON, Samuel. *The third wave. Democratization in the late twentieth century*. University of Oklahoma Press, 1991.

ICTJ (International Center of Transitional Justice). *What is Transitional Justice?* Disponível em: www.ictj.org. Acesso em 18 ago. 2009.

ICTY (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia). *Goran Hadzic in Tribunal's Custody*. The Hague, 22 July 2011. VE/MOW/PR1430e. Disponível em: <<http://www.icty.org/sid/10740>>. Acesso em 26 de julho de 2011.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

KELSEN, Hans. *Will the judgment in Nuremberg Trial constitute a precedent international law?* In: *The International Law Quarterly*. Vol. 1, n. 2, Cambridge: Cambridge University Press, Summer 1947.

LEAL, Cláudio. *Anistia: "Precisamos virar a página", diz Mello*. Entrevista Terra Magazine. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,O12923068-E16578,00-Anistia+Precisamos+virar+a+página+diz+Mello.html>>. Acesso em 03 de junho de 2010.

LEDERACH, John Paul. *Building peace: sustainable reconciliation in divided societies*. Washington DC: United States Institute of Peace, 1997.

LEITE, Antônio José Maffezoli; MAXIMIANO, Vitore André Zilio. *Pacto internacional dos direitos civis e políticos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado05.htm>>. Acesso em 22 março de 2011.

MALLINDER, Louise. *Global comparison of amnesty laws*. In: *European initiative for democracy and human rights: promoting justice and the rule of law*. The International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences, 2003.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Curso de Direito Internacional público*. Vol 1. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MÉNDEZ, Juan E. *Justicia penal em el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=839247>>. Acesso em 12 de agosto de 2010.

MILLER, Zinaida. *Effects of invisibility: in search of the 'economic' in transitional justice*. In: *The International Journal of Transitional Justice*. Vol. 2. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. *Lei de segurança nacional: um atentado à liberdade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

NAGY, Rosemary. *Transitional Justice as a Global Project: Critical Reflections*. Third World Quarterly 29, no. 2, 2008.

_____. *A preliminary examination of the relationship between transitional justice and the neoliberal discourse*. Annual meeting of the Canadian Political Science Association. Ottawa, ON, 2009. Disponível em: <<http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2010/Hoogenboom.pdf>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2011.

NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto*. 1ª ed. Buenos Aires: Ariel, 2006.

O GLOBO ONLINE. *Julgamento de Coronel Ustra, do DOI-Codi, é moral e político*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2006/11/08/286567412.asp>>. Acesso em 27 de março de 2009.

OEA (Organização dos Estados Americanos). *Quem somos*. Disponível em: <www.oas.org>. Acesso em 14 de julho de 2011.

OLIVEIRA, Hilem Estefânia Cosme de. *Um estudo sobre o impacto da decisão do STF na ADPF 153*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Trad. Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PINTO, Simone Rodrigues. *Direito à memória e à verdade: comissões de verdade na América Latina*. REVISTA DEBATES, Porto Alegre, v.4, n.1, p. 128-143, jan.-jun. 2010, Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/viewFile/11860/8304>>. Acesso em: 02/02/2011.

PIOVESAN, Flávia. _____. *Temas de direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. In: *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro*. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Ruanda e os direitos humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_ruanda.html>. Acesso em 04 de maio de 2011.

PLÁCIDO, Délson. *Operação Condor: uma articulação multinacional do terror das ditaduras militares no Cone Sul das Américas*. Jornal Inverta. Ed. 423, 27 de janeiro de 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*, vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAIZMAN, Daniel Andrés. *A justiça pós-conflitual ante o regime civil-militar brasileiro no período de 1968-1984*. Tese (Doutorado em Direito). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

ROHT-ARRIAZA, Naomi; MERIEZCURRENA, Javier. *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth Versus Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

ROXIN, Claus. *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*. In: *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; BORRALLO, Enrique Anarte (Eds). Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

SANCINETTI, Marcelo A. FERRANTE, Marcelo. *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*. Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional. Argentina: Editorial Hammurabi.

SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. *An introduction to the International Criminal Court*. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SRIRAM, Chandra Lekha, Book Review: *Transitional Justice Comes of Age: Enduring Lessons and Challenges*. In: *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 23, No. 2, 2005; U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2005-61.

TAPPATÁ DE VALDEZ, Patricia. *El pasado, un tema central del presente: la búsqueda de verdad y justicia como construcción de una lógica democrática*. In: *Verdad, justicia y reparación*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2005.

TEITEL, Ruti. *The law and justice of contemporary transitional justice*. In: *Cornell International Law Journal*. Vol. 38. Buffalo: William S. Hein, 2005.

_____. *Transitional justice genealogy*. (Symposium: Human Rights in Transition) 16 In: *Harvard Human Rights Journal*, 2003.

UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. *War crimes trials*. In: *Holocaust Encyclopedia*. Disponível em: <<http://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005140>>. Acesso em: 02 de março de 2011.

VENTURA, Adrián. *Petracchi acelera una definición sobre las leyes de amnistía*. La Nación, 07/02/2004. Disponível em: <http://lanacion.com.ar/archivo/nota.asp?nota_id=570908>. Acesso em 18 de março de 2009.

WAISMAN, Carlos H. *Reversal of development in Argentina: postwar counterrevolutionary policies and their structural consequences*. Princeton: Princeton University Press, 1987.

WALLERSTAIN, Immanuel. *A vitória de Humala no Peru: derrota da América*. Disponível em: <<http://www.desenvolvimentistas.com.br/blog/blog/2011/07/18/vitoria-de-humala-peru-derrota-da-america/>>. Acesso em 18 de julho de 2011.

WANHONG, Zhang. *From Nuremberg to Tokyo: some reflections on the Tokyo Trial (On the sixtieth anniversary of the Nuremberg Trials)*. *Cardozo L. Rev.* Vol. 27:4 (2005-2006). Disponível em: <<http://www.cardozolawreview.com/content/27-4/ZHANG.WEBSITE.pdf>>. Acesso em: 05 de maio de 2011.

WIEBELHAUS-BRAHM, Eric. *Truth commissions and other investigative bodies*. In: *The pursuit of International Criminal Justice: a world study on conflicts, victimization, and post-conflict justice*. Volume 1. BASSIOUNI, M. Cherif. (ed.). Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad*. In: *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2005.