



DAVI HOERLLE SANTOS

**CIDH vs. STF:
O caso nº 11.552 (Guerrilha do Araguaia)
em confronto com a ADPF nº. 153 (Lei de Anistia)**

Brasília
2011

DAVI HOERLLE SANTOS

**CIDH vs. STF:
O caso nº 11.552 (Guerrilha do Araguaia)
em confronto com a ADPF nº. 153 (Lei de Anistia)**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.
Professora orientadora: Christine Oliveira Peter da Silva

Brasília
2011

DAVI HOERLLE SANTOS

**CIDH vs. STF:
O caso nº 11.552 (Guerrilha do Araguaia)
em confronto com a ADPF nº. 153 (Lei de Anistia)**

Banca Examinadora:

Profa. Christine Oliveira Peter da Silva
(Orientadora)

Prof. Luis Carlos Martins Alves Jr.
(Membro)

Prof. Fabrício Juliano Mendes Medeiros
(Membro)

Brasília, 28 de maio de 2011.

AGRADECIMENTO

Aos meus pais.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise de duas decisões recentes que versam sobre matérias semelhantes e que atualmente convivem no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira diz respeito à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 153 ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil no Supremo Tribunal Federal para que este declarasse a não recepção da Lei de Anistia brasileira pela Constituição de 1988. No entanto, o STF entendeu que a mencionada lei é constitucional e que não haverá revisão de seu conteúdo. A segunda decisão decorre do caso nº 11.552 - Julia Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) referente à condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que o responsabilizou pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas pertencentes à Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar e considerou a Lei de Anistia brasileira um obstáculo à investigação, ao julgamento e à punição desses crimes. Deste modo, tal apreciação estará focada nas posições contrárias de duas cortes: uma nacional, o STF, e a outra internacional, a CIDH. Para tal análise, a teoria do Estado Constitucional Cooperativo será utilizada e a Guerrilha do Araguaia será descrita. O objetivo final do presente trabalho é debater as condições de possibilidade de o Brasil cumprir as determinações feitas pela Corte Interamericana.

Palavras chave: Guerrilha do Araguaia, Lei de Anistia, Estado Constitucional Cooperativo, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

This study aims to examine two recent decisions which deal with similar matters and are currently present in the Brazilian legal system. The first one regards the ADPF n°. 153 filed by the Brazilian Bar Association (OAB) at the Brazilian Supreme Court (STF) in order for the Supreme Court to declare that the Brazilian Amnesty Law from 1979 could not be accepted by the Federal Constitution of 1988. However, the Supreme Court ruled this law is constitutional and that there will be no review of its content. The second decision concerns the conviction of Brazil by the Inter-American Court of Human Rights (CIDH) for the responsibility of the forced disappearance of 62 persons belonging to the Guerrilha do Araguaia movement in the context of military dictatorship and held that the Brazilian Amnesty Law is an obstacle to the investigation, prosecution and punishment of such crimes. Thus, the present analysis will focus on the opposing positions from the two Courts: a national one, STF, and an international one, CIDH. For such analysis, the theory of the Constitutional Cooperative State and the Guerrilha do Araguaia movement will be addressed. The final purpose of this study is to debate the possibilities related to whether Brazil will comply or not with the determinations made by the Inter-American Court.

Key words: Guerrilha do Araguaia, Amnesty Law, Constitutional Cooperative State, Inter-American Court of Human Rights, Brazilian Supreme Court

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO	10
1.1 Estado e soberania	10
1.2 Organizações Internacionais.....	14
1.3 Estado Constitucional Cooperativo	16
1.4 Esgotamento dos recursos internos e domínio reservado	19
2 GUERRILHA DO ARAGUAIA	23
2.1 Sistema Interamericano de Direitos Humanos	23
2.2 Guerrilha do Araguaia	26
2.3 Ações judiciais.....	31
2.4 A demanda na Comissão Interamericana de Direitos Humanos	33
3 CORTE INTERAMERICANA VS. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	36
3.1 Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	37
3.1.1 Da defesa apresentada pelo Brasil	38
3.1.2 Da Lei de Anistia como Obstáculo.....	42
3.1.3 Da jurisprudência sul-americana	44
3.2 Decisão do Supremo Tribunal Federal	46
3.2.1 Da Lei de Anistia.....	46
3.2.2 Dos fundamentos da decisão	47
3.2.3 Da jurisprudência sul-americana	49
3.3 Confronto de decisões: CIDH vs. STF	51
3.3.1 Das jurisprudências utilizadas	54
3.3.2 Do acesso a informações	55
3.3.3 Do cumprimento da sentença: embate de ordenamentos	57
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

A presente monografia irá versar sobre o posicionamento de duas cortes que recentemente emitiram decisões aparentemente contrárias entre si. A primeira delas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, condenou o Brasil pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas pertencentes à Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar e considerou a Lei de Anistia brasileira um obstáculo à investigação, ao julgamento e à punição desses crimes. A segunda, o Supremo Tribunal Federal, decidiu, ao analisar a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 153 ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, que a Lei de Anistia é constitucional e não será revista. Logo, a análise estará focada no confronto acima mencionado, apoiando-se na teoria do Estado Constitucional Cooperativo e nos detalhes relativos à Guerrilha do Araguaia.

Nos tempos atuais, os Estados estão inseridos em uma comunidade internacional repleta de novos atores que desempenham as mais diversas funções. A presença de Organizações Internacionais, Empresas Transnacionais e Organizações Não Governamentais provoca outros arranjos nos quais o Estado não é mais o único responsável pelo seu território e população.

Somado a seu poder soberano, o Estado opta pela criação de Organismos Internacionais com outros Estados a fim de melhorar e normatizar suas relações no plano internacional e regular as mais diversas áreas, como o comércio, o sistema financeiro, o trabalho, o meio ambiente, inclusive a regulação da defesa dos direitos humanos.

Nesse contexto, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, diversos outros instrumentos relacionados à proteção do ser humano foram ratificados e promulgados pelos países, sendo eles globais ou regionais, inclusive normas internas. No âmbito do continente americano, criou-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz parte.

Recentemente, no âmbito do mencionado Sistema, o Brasil foi condenado pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas pertencentes à Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar e pela sua Lei de Anistia representar um obstáculo à investigação e punição

dos culpados. Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em abril de 2010, ao julgar a ADPF nº 153, que não irá rever a Lei de Anistia, por ser essa constitucional e ter marcado a transição do regime ditatorial ao democrático, não cabendo revisão, no tempo presente, de fatos que fizeram sentido na época em que ocorreram.

Assim, a convivência das duas decisões no ordenamento jurídico brasileiro será analisada para avaliar as possibilidades de cumprimento das determinações da Organização dos Estados Americanos pelo Brasil, mesmo após a decisão de sua Corte Suprema, o Supremo Tribunal Federal.

Para isso, proceder-se-á a um estudo sobre os fundamentos de ambas as decisões e o confronto que emergirá quando de sua análise conjunta, enfatizando-se os pontos que dizem respeito à Lei de Anistia enquanto obstáculo para a investigação, punição e solução dos crimes cometidos no âmbito da Guerrilha do Araguaia. Além da análise das decisões, pesquisas bibliográficas e documentais serão realizadas para embasar ideias, conceitos e os dados históricos que serão utilizados no decorrer do presente estudo.

No primeiro capítulo, a teoria do Estado Constitucional Cooperativo será descrita tendo em vista a importância que os direitos humanos adquiriram após a 2ª Guerra Mundial e a inserção de normas relativas à sua proteção nas Constituições ocidentais. Para isso, considerações relativas ao conceito de Estado e soberania, Organismos Internacionais e o esgotamento dos recursos internos serão feitas para dar embasamento à teoria em comento.

No segundo capítulo, o funcionamento e características do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, compostas pela Comissão e Corte de Direitos Humanos, serão narradas com o objetivo de explicar tal Sistema existente no âmbito da Organização dos Estados Americanos. Posteriormente, as características da Guerrilha do Araguaia serão tratadas para entender os motivos que levaram os familiares das vítimas da referida Guerrilha demandarem contra o Brasil na Organização dos Estados Americanos, por meio de uma demanda apresentada na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, a sentença prolatada pela Corte Interamericana e a sentença prolatada pelo Supremo Tribunal Federal serão detalhadas e colocadas em confronto com o fim de analisar a convivência de duas decisões no

ordenamento jurídico brasileiro, assim como avaliar se o Brasil, após decisão de sua Corte Suprema interna, cumprirá as determinações de uma Corte externa cuja jurisdição obrigatória o Brasil aderiu no final dos anos noventa.

Diante do exposto, a presente monografia possui papel relevante no aprofundamento das discussões relativas à posição do Brasil frente à questão dos direitos humanos e os trabalhos que têm sido realizados para resgatar a memória dos fatos ocorridos no contexto da ditadura militar. Dessa forma, o presente estudo será importante para analisar o aparente conflito entre duas cortes cujas sentenças recaem sobre praticamente a mesma matéria, assim como para antecipar as possibilidades de cumprimento das determinações feitas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil.

CAPÍTULO I: ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

O presente capítulo irá tratar da teoria referente ao Estado Constitucional Cooperativo, que será essencial para embasar as discussões do presente trabalho. Este exame, contudo, não poderá deixar de expor algumas considerações acerca da natureza e das características do Estado enquanto ator primordial desta relação. Envolverá, também, questões acerca da soberania e a sua relativização, que foi provocada, dentre outros, pelo surgimento das Organizações Internacionais.

Além disso, serão feitas considerações acerca do esgotamento dos recursos internos e do domínio reservado com o fim de subsidiar a discussão sobre a demanda feita na Comissão Interamericana de Direitos Humanos que culminou na condenação do Brasil pela Corte Interamericana, bem como no inevitável embate entre a decisão desta Corte e a decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 153.

1.1. Estado e soberania

Ao longo da história, diversas transformações foram necessárias para que as sociedades se organizassem e instituísem um poder político sistematizado, qual seja, o Estado. Embora nos tempos atuais a ideia que se tem acerca da composição do Estado envolva a presença de outros atores, como os Organismos Internacionais e Organizações Não-Governamentais, por exemplo, nem sempre foi assim. Isso porque, inicialmente, o Estado era o único sujeito de direito internacional público presente no cenário internacional (REZEK, 2202, p. 145).

Dentro de um determinado território, contudo, o Estado é o principal sujeito, responsável pela organização daqueles inseridos dentro de seus limites territoriais. Para isso, segundo Weber, ele necessita do monopólio do uso do poder coercitivo para se legitimar (WEBER, 1991, p. 34). Assim, embora existam diversas concepções a respeito do conceito e natureza do Estado, sejam elas históricas, filosóficas, econômicas, entre outras, as ideias do sociólogo Max Weber ajudam a entender a sua complexidade.

Para ele, o Estado é definido como “uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de determinado território (WEBER, 1991, p. 34). Assim, o Estado é detentor do aparato necessário para a utilização do poder coercitivo dentro de certos limites, que o ajudará na sua legitimação enquanto poder político organizado. Para Weber, a violência é considerada legítima e necessária para a perpetuação dessa forma de organização moderna.

Infere-se, assim, que o monopólio desta coação exercida pelo Estado é indispensável para a perpetuação do mesmo, de forma que quaisquer forças que não as estatais, sejam elas internas ou externas, seriam suficientes para descaracterizar a natureza e essência deste Estado.

Nesse mesmo sentido, tal fato constitui, atualmente, um dos elementos que caracterizam o Estado, segundo Francisco Rezek. Para o jurista, o Estado, sujeito originário de direito internacional público, ostenta três elementos conjugados: uma base territorial, uma comunidade humana estabelecida sobre essa área, e uma forma de governo não-subordinado a qualquer autoridade exterior (REZEK, 2002, p. 153).

Dito isso, o Estado detém o poder de dizer o Direito sobre todo o povo presente em seu espaço territorial e não está sujeito a interferências externas de outros atores. E é justamente essa não subordinação a qualquer autoridade exterior umas das características essenciais à atuação do Estado e que constitui, em outras palavras, a ideia de soberania.

Diz-se que um Estado é soberano quando outros Estados assim o reconhecem. E que, inicialmente, tal soberania era reclamada pelos monarcas e somente após a Paz de Vestfália, quando foi consolidada a imagem de poder político sistematizado, passou a ser demandada pelos Estados (BEALEY, 2003, p. 412).

Um dos precursores no tratamento da questão da soberania foi Jean Bodin ¹. Para ele, soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma república (BODIN, 2006, p. 47). O poder absoluto, contudo, não possui o sentido de ser irrestrito, pois estará sujeito às limitações

¹ Optou-se por utilizar conceito clássico de soberania para, posteriormente, tratar da relativização de tal entendimento clássico.

da lei divina e natural. E o caráter perpétuo possui relação com o fato de o poder não estar ligado à pessoa do soberano, vez que este possui caráter temporário, estando relacionado à República (BARROS, 1993, p. 73-90).

A partir daí, no decorrer do tempo, houve a necessidade de unificação do poder, com o intuito de agrupar em um único foco o monopólio da força sobre uma população específica em um dado território (MATTEUCCI, 1986, verbete: soberania). O que significa dizer que os Estados, depois de formados e delimitados, passaram a querer exercer o controle de forma plena, não concorrente, de forma que pudessem ser os únicos responsáveis por aquela população e por aquele território.

A soberania existe, portanto, quando o Estado não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior e não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências (REZEK, 2002, p. 216). Dessa forma, o Estado se utiliza da soberania para legitimar e justificar os mais diversos atos praticados dentro de seu território, uma vez que é a autoridade máxima, responsável pela organização e manutenção da ordem.

Não obstante, atualmente, tal entendimento sobre soberania parece ter adquirido outro significado. Isso porque, embora o Estado ainda seja supremo no que diz respeito ao seu território, no âmbito internacional isso não ocorre. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Ora, se esta supremacia interna é conservada pelos Estados-nação – embora muitos sejam ameaçados por grupos revolucionários, como as guerrilhas marxistas ou religiosas – no plano externo ela desapareceu (...). Assim, o imperativo de segurança obriga os Estados-nação a agregarem-se em unidades maiores, mais fortes, inclusive para assegurarem a própria sobrevivência. De novo são exemplo disto os Estados-nação europeus. Por tudo isto, parece previsível a superação dos Estados-nação. Não desaparecerão, mas virão a associar-se (ou integrar-se) formando ente novo.” (MARTINS, 1998, p. 106).

Depreende-se, portanto, que os Estados caminham para uma maior e mais complexa interdependência, de forma que irão assegurar a sua perpetuação no cenário internacional por meio da criação de leis internacionais. E, se os Estados produzem de forma

espontânea as mais diversas normas internacionais, seja por meio de tratados ou outros atos internacionais, tais normas devem ser seguidas.

Igualmente, para Celso Ribeiro Bastos, a constatação clássica de soberania não encontra respaldo no cenário atual. Existe, assim, uma relativização da soberania, vez que não mais denota um poder irrestrito. Para ele:

“ (...) o princípio da soberania é fortemente corroído pelo avanço da ordem jurídica internacional. A todo instante reproduzem-se tratados, conferências, convenções, que procuram traçar as diretrizes para uma convivência pacífica e para uma colaboração permanente entre os Estados (...). À pergunta de que se o termo soberania ainda é útil para qualificar o poder ilimitado do Estado, deve ser dada uma resposta condicionada. Estará caduco o conceito se por ele entendermos uma quantidade certa de poder que não possa sofrer contraste ou restrição. Será termo atual se com ele estivermos significando uma qualidade ou atributo da ordem jurídica estatal. Neste sentido, ela – a ordem interna – ainda é soberana, porque, embora exercida com limitações, não foi igualada por nenhuma ordem de direito interna, nem superada por nenhuma outra externa.” (BASTOS, 1998, p. 158).

Portanto, a idéia acerca da soberania atual admite contraste ou restrição devido à produção de normas internacionais pelos Estados, que o fazem de forma espontânea. No caso brasileiro, a relativização da soberania é reforçada quando o Brasil produz estas normas, em conjunto com outros Estados, em prol dos direitos humanos. Ao fazer isso, reconhece limites à soberania estatal (PIOVESAN, 2004, p. 63).

E tais limites acerca dos direitos humanos também estão presentes na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, II, cuja previsão de que o Brasil rege-se nas suas relações internacionais na prevalência dos direitos humanos tende a dar o entendimento de que os direitos humanos são o fim maior a ser atingido pelo Brasil, ao produzir normas internacionais que tratem dessa matéria.

Logo, os Estados podem ser compreendidos, de forma simplista, como instituições responsáveis por um território e por uma população, que possuem o monopólio do uso legítimo da força, sempre que for necessária para a sua perpetuação enquanto poder político organizado, que será utilizada dentro de limites normativos internos e, atualmente, externos. Não há que se falar, portanto, pelo menos em termos democráticos, em poder irrestrito e incondicionado, uma vez que o Estado deve seguir normas de cunho interno e externo.

Assim, registre-se que em meados do século XX, o aparecimento de Organizações Internacionais foi intensificado, principalmente após a Segunda Guerra Mundial e a necessidade de se criar uma Organização Internacional para regular e normatizar as relações entre os Estados.

1.2 Organizações Internacionais

As Organizações Internacionais (“OIs”) surgiram devido à intensificação das relações entre os Estados, que se tornaram complexas e potencialmente conflituosas. Surgiram, também, a fim de se recrudescer a cooperação internacional. Dessa forma, os Estados precisaram regular e normatizar as mais diversas áreas em que atuavam, instituindo, portanto, as Organizações Internacionais. (CERVO, 2008, 152-153).

Assim, tais organizações estão, assim como os Estados, ambientadas dentro dos chamados regimes internacionais, que são arranjos que os Estados constroem para reger as relações entre os mesmos em uma área específica, como o regime de comércio, o regime monetário, os regimes de proteção de espécies animais e vegetais em perigo de extinção, o regime de navegação em oceanos ou o regime de comunicação postal (HERZ, HOFFMANN, 2004, p. 19).

Diferentemente das Organizações Não Governamentais, que são, como o próprio nome diz, organismos criados fora do âmbito estatal, as OIs são instituídas pelos próprios Estados e possuem um fim determinado, autonomia e uma estrutura física e consolidada. Elas possuem caráter regional e global. Adicionalmente, também são atores, uma vez que adquirem relativa autonomia em relação aos Estados-membro e elaboram políticas e projetos próprios, além de poderem ter personalidade jurídica, de acordo com o direito internacional público (HERZ, HOFFMANN, 2004, p. 23).

E é justamente essa relativa autonomia acima mencionada que obriga uma necessária análise acerca da soberania estatal e a natureza das OIs. Geralmente, as Organizações são criadas por tratados entre os Estados, adquirindo personalidade jurídica própria, por meio da qual serão atores de direitos e obrigações, podendo, inclusive, celebrar acordos com outras Organizações Internacionais e Estados.

Logo, ao serem criadas, cada Organização terá seu ato constitutivo, que irá dispor sobre a finalidade, direitos, obrigações e demais características do organismo. A partir daí, no caso de a Organização dispor sobre a obrigatoriedade de cumprimento de suas decisões e recomendações, cada Estado parte deverá atender. E mesmo que não haja tal previsão, as Organizações Internacionais são reguladas pelos princípios e costumes do Direito Internacional Público.

Nesse sentido, Francisco Rezek afirma que “o tratado constitutivo de toda organização internacional tem, para ela, importância superior à da constituição para o Estado soberano” (REZEK, 2002, p. 145). Ou seja, o tratado constitutivo de uma Organização é essencial para que esta desenvolva suas atividades e para que seja fixada sua competência, pois sua existência é condicionada a ele.

Tais fatos chocam-se necessariamente com a ideia acerca da soberania que sempre norteou os interesses de cada Estado. Essa mitigação da soberania, além disso, pode chegar ao extremo, como o que ocorre no âmbito da União Européia, dado que esta:

(...) contém elementos supranacionais importantes em seu processo decisório, e os mecanismos de monitoramento da Agência para Energia Atômica Internacional (IAEA, *International Atomic Energy Agency*) permitem acessos às instalações nucleares sem aviso prévio aos governos-alvo (HERZ, HOFFMANN, 2004, p. 26).

Não obstante, muitas Organizações Internacionais, e.g., o Mercosul, não possuem, em seus tratados constitutivos, a ambição de se tornarem supranacionais². A União Européia é um caso particular de supranacionalidade, uma vez que a maioria das organizações ainda não possuem mecanismos de implementação automática de suas decisões, pois não têm o caráter supranacional, conforme evidenciado anteriormente.

E, embora existam diversos países que orientam seus interesses não se importando com esses “novos atores”, uma vez que pretendem a soberania absoluta e, muitas vezes, autoritária, infere-se que tal prática é arcaica, frente ao atual arranjo internacional, com preocupações globais e a inegável interdependência entre pessoas e Estados.

² Nota explicativa: o Tratado de Assunção tem o propósito de (i) promover a livre circulação de bens, serviços, fatores produtivos e o (ii) estabelecimento de uma tarifa externa comum, conforme consta do seu artigo primeiro, disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/trassuncao.htm>>. Acesso em: 17 nov 2010.

A partir daí, torna-se necessário analisar a teoria explicitada por Peter Häberle, que mostra que, atualmente, os Estados, tendem a abrir seus ordenamentos constitucionais, transferindo competências e atribuições a Organismos Internacionais por meio da positivação de normas internacionais em suas Constituições.

1.3 Estado Constitucional Cooperativo

Para o professor Peter Häberle, no âmbito europeu, cada vez mais Estados estão positivando, em suas Constituições, normas que dizem respeito à Europa e não somente ao Estado particular (HÄBERLE, 2003, p. 67). E isso significa uma evolução rumo a um Estado Constitucional Cooperativo.

Para o autor, existem duas causas primordiais que ajudam a explicar o referido processo. São elas: o lado sociológico-econômico e o lado ideal-moral. O primeiro significa que o Estado Europeu vem de uma interdependência econômica dos Estados e isso é válido também para o Estado Constitucional Cooperativo. O segundo diz respeito ao Estado ser constituído por direitos fundamentais e humanos e estar aberto ao internacional, pois ele vive de necessidades de cooperação social e humanitária (HÄBERLE, 2003, p. 68).

Dessa forma, devido ao fato de os Estados possuírem a tendência de cada vez mais protegerem os direitos humanos, suas Constituições têm dispositivos para assegurar seu cumprimento, não importando muito a forma como será feita. Ou seja, ainda que a soberania de cada Estado seja relativizada, a proteção aos direitos humanos é o fim maior a ser atingido.

Os Estados percebem a necessidade de cooperação e responsabilidade internacional, por isso que, no âmbito desta teoria, o “Estado constitucional cooperativo é a resposta interna do Estado constitucional livre e democrático à mudança no direito internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação (SANTOS, 2010, 307).

As menções feitas nas Constituições a outros Estados e à busca por uma maior cooperação permitem dizer que os Estados Constitucionais não mais “existem para si, mas constituem uma comunidade universal aberta” (HÄBERLE, 2003, p. 75). Nesse sentido, a Constituição da Grécia de 1975 possui a seguinte redação, em seu artigo 28, inciso 2:

“Os poderes previstos pela Constituição podem, por tratado ou acordo, ser outorgados a órgãos de organizações internacionais, quando isso servir a um importante interesse nacional e promover a cooperação com outros Estados” (HÄBERLE, 2003, p. 61).

Assim, as Constituições que positivam normas internacionais em seus próprios textos tendem a não fazer distinção entre o interno e o externo quando se deparam com determinadas matérias. Nesse sentido:

“Esse Estado desenvolve processos, competências e estruturas “internas” e se impõe tarefas que fazem jus à cooperação com “forças externas”, e ele se abre a elas de tal maneira que se põe em questão a distinção entre o “externo” e “interno”, a ideologia da impermeabilidade e o monopólio das fontes do direito.” (SANTOS, 2010, p. 307).

Tal ideia acerca do Estado Cooperativo Constitucional pode estar relacionada com o fato de os Estados tentarem garantir a própria sobrevivência dentro de uma comunidade internacional. Se existe interdependência econômica e social entre os Estados europeus, conforme exposto, existe também a ideia de segurança:

“(…)o imperativo de segurança obriga os Estados-nação a agregarem-se em unidades maiores, mais fortes, inclusive para assegurar a própria sobrevivência. De novo são exemplo disto os Estados-nação europeus. Por tudo isto, parece previsível a superação dos Estados-nação. Não desaparecerão, mas virão a associar-se (ou integrar-se) formando ente novo.” (MARTINS, 1998, p. 106).

Assim, os novos artigos constitucionais, ao permitirem a outorga de poderes soberanos a organizações e instituições supraestatais ou internacionais, documentam uma espécie de renúncia à soberania que tradicionalmente detinham (HÄBERLE, 2003, p. 75). E tal situação não está restrita à Europa.

Transportando a presente ideia para o Brasil, atualmente existe a previsão de que os tratados internacionais de direitos humanos, se aprovados de acordo com o §3º do artigo 5º da Constituição Federal, terão status de norma constitucional. Outro exemplo pertinente é o reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, conforme previsto pelo §4º do artigo 5º da Constituição Federal.

Assim, esta ‘renúncia’ à soberania tradicional, no caso brasileiro, torna-se possível quando o país emenda a sua carta maior para dar vigência a normas internacionais que irão se equiparar às normas direcionadas àquele Estado específico.

Por meio do exposto, infere-se que o Brasil pode ter relativizado, de certa forma, sua soberania, (i) ao permitir que um tratado internacional de direitos humanos tenha status de norma constitucional se obedecidos os trâmites do §3º do artigo 5º da Constituição Federal e (ii) ao reconhecer a possibilidade de ser julgado por um tribunal penal internacional do mesmo diploma legal.

Contudo, cabe mencionar as diferenças entre os países europeus e o Brasil no que diz respeito à teoria em comento. Os primeiros positivam normas em suas Constituições que tratam do continente europeu como um todo, conforme mencionado, dado que estes Estados existem, atualmente, para uma comunidade internacional e não para si próprios (HÄBERLE, 2003, p. 75).

O Brasil, por sua vez, no momento presente, positiva normas internacionais que, via de regra, possuem status de lei ordinária. Contudo, em relação aos direitos humanos, o Brasil abriu caminho para a equivalência de norma constitucional àqueles tratados aprovados com base no §3º do artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, se forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros

Somado a isso, o Brasil fez um convite permanente a todos os mecanismos de proteção e defesa dos direitos humanos para que ele seja monitorado, conforme consta do excerto a seguir:

“O fato de o Brasil ser um dos 62 países que fizeram uma *standing invitation* permanente para todos os mecanismos de monitoramento internacional dos direitos humanos e o reconhecimento da competência da Corte Interamericana de direitos humanos e do Tribunal Penal Internacional sinalizam com clareza o posicionamento afirmativo do Brasil em relação a proteção dos direitos humanos” (GIOVANNETTI, 2009, p. 233).

No âmbito da teoria desenvolvida por Peter Häberle, quando ocorre a maçante discussão entre normas internas e externas, a norma internacional e o Direito Constitucional

são complementares, em que não há espaço para primazia de um sobre o outro, conforme é possível verificar a partir do trecho a seguir:

“O Estado Constitucional Cooperativo não conhece alternativas de uma primazia do Direito Constitucional ou do Direito Internacional; ele considera tão seriamente o observado efeito recíproco entre as relações externas ou Direito Internacional, e a ordem constitucional interna (nacional), que as partes do Direito Internacional e do direito constitucional interno crescem juntas num todo” (HÄBERLE, 2003, p. 11-12).

Nesse sentido, percebe-se que a orientação voltada aos direitos humanos atingiu o nível maior na legislação do Brasil. Logo, uma norma internacional de direitos humanos que tenha status de norma constitucional evidencia tendência brasileira em ‘cooperar’ com a comunidade internacional na matéria de direitos humanos, uma vez que a norma será ao mesmo tempo internacional e constitucional.

E é justamente nesse sentido que a teoria acerca da existência de um Estado Constitucional Cooperativo aponta, dado que “não há que se falar em compatibilidade de regras internacionais com o texto constitucional de um dado Estado, [...], pois as normas devem ser consideradas em um mesmo nível.” (SANTOS, 2010, 308).

Portanto, frente a essas preocupações globais, tem-se que os Estados estão mais suscetíveis à pressão internacional. No caso de cumprimento de decisões e recomendações internacionais, diversas são as ‘desculpas’ utilizadas para embasar a desnecessidade deste cumprimento. Dentre elas, existem alguns princípios utilizados, como o do esgotamento dos recursos internos e o do domínio reservado.

1.4 Esgotamento dos recursos internos e o domínio reservado

O esgotamento dos recursos internos é um princípio utilizado em casos que tratam de responsabilização internacional do Estado frente a determinadas violações. Ele consiste na ideia de que a responsabilidade internacional do Estado somente pode ser implementada depois de esgotados os recursos de direito interno pelos indivíduos em questão. E somente depois que o Estado reclamado tenha tido a chance de, no âmbito de seu ordenamento jurídico interno, reparar os supostos danos (TRINDADE, 1997, p. 23).

No âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, no que diz respeito à Comissão de Direitos Humanos, o princípio está nela positivado como condição de admissibilidade de petições e comunicações referentes a violações aos direitos humanos pelo Estado. Assim, conforme postula o seu art. 46:

“Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 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;” (CONVENÇÃO AMERICANA, 1969, artigo 46).

Dessa forma, com base nesse princípio, percebe-se que quando comprovado o não-esgotamento dos recursos internos, uma demanda perante a Comissão poderá ser rejeitada. Contudo, quando um Estado é demandado, tal princípio poderá ser por ele utilizado em seu benefício. Assim,

(...) o Estado reclamado objeta à consideração de uma matéria a nível internacional alegando que os recursos de direito interno não foram esgotados e que a ação internacional só é assim facultada depois de ter tido o Estado uma oportunidade de reparar o suposto dano dentro de seu próprio sistema jurídico interno (TRINDADE, 1997, p. 47).

Outra questão que pode ser utilizada pelo Estado a fim de se esquivar de eventual responsabilização internacional é o princípio do domínio reservado, por meio do qual “o Estado reclamado tenta impedir a consideração de uma matéria a nível internacional alegando que ela recai essencialmente em seu domínio reservado ou competência nacional (...)”. (TRINDADE, 1997, p. 47).

Assim, depreende-se que ao Estado é cabível o impedimento da análise de uma matéria se essa recair sobre o seu domínio reservado, isto é, caso ele entenda que a matéria não pode ser objeto de análise por normas de direito internacional nem por qualquer corte externa. Nesse caso, tal matéria seria analisada exclusivamente pelo próprio Estado.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos, por meio do Tratado Americano de Soluções Pacíficas ou Pacto de Bogotá, o princípio do domínio reservado está presente, conforme o dispositivo a seguir.

Artigo 5 – Os processos acima previstos não poderão aplicar-se aos assuntos que são essencialmente da alçada da jurisdição interna do Estado. Se as partes não estiverem de acordo sobre o fato de versar a controvérsia sobre um assunto de jurisdição interna, a pedido de qualquer delas, esta questão prévia será submetida à decisão da Corte Internacional de Justiça³.

Logo, caso haja dúvida quando a presença ou não de matéria relativa ao domínio reservado dos Estados, tal questão será analisada pela Corte Internacional de Justiça. Para Cançado Trindade, o domínio reservado dos Estados está sendo submetido a um processo contínuo de redução nos dias de hoje e a prática das Organizações Internacionais tem ajudado a enfatizar a responsabilidade dos Estados por violações de suas obrigações internacionais, em face dos imperativos e necessidades do convívio internacional (TRINDADE, 2003, p. 194).

Assim, no que diz respeito aos direitos humanos, infere-se que a questão do domínio reservado não só foi relativizada, como também perdeu espaço frente à crescente proteção aos direitos fundamentais no âmbito internacional.

Dessa forma, embora o recrudescimento da proteção aos direitos humanos e os diversos instrumentos para assegurá-los, muitas vezes indivíduos se sentem lesados, mas não conseguem ter seus direitos reparados por meio de seus ordenamentos internos. Por isso, existem diversos sistemas regionais de promoção e proteção do direitos humanos, como os Sistemas Europeu, Africano e Americano, que podem ser acionados por qualquer indivíduo.

E é justamente um desses sistemas que terá grande destaque no presente trabalho. Em 7 de agosto de 1995, a Comissão Interamericana recebeu uma petição contra o Brasil, apresentada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e por *Human Rights Watch/Americas*, juntamente com o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado, e a senhora Ângela Harkavy, em face de possível violação dos direitos humanos previstos nos artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa), XXV (direito de proteção contra prisão arbitrária) e XXVI (direito a processo

³ Organização dos Estados Americanos. Tratado Americano de Soluções Pacíficas (Pacto de Bogotá). Artigo 5º. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_57785_1948.htm>. Acesso em: 11 nov 2010.

regular) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e nos artigos 4 (direito à vida), 8 (garantias judiciais), 12 (liberdade de consciência e de religião), 13 (liberdade de pensamento e de expressão), e 25 (proteção judicial), em conjunto com o descumprimento do artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) da Convenção Americana. (COMISSÃO, 2001, p. 1).

Nesse sentido, torna-se mister explicitar, no capítulo seguinte, as características do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, juntamente com sua Comissão e a Corte de Direitos Humanos. Depois, detalhar as peculiaridades da demanda acima mencionada, sua tramitação e o histórico das ações judiciais que resultaram na necessidade de se levar a presente demanda à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Tudo isso será analisado para que a discussão central da presente monografia possa ser desenvolvida no terceiro e último capítulo. Isto é, para que se possa chegar à conclusão acerca da convivência de duas decisões no ordenamento interno brasileiro, qual seja, a condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos relativa à convencionalidade da Lei de Anistia e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal relativa à não revisão da Lei de Anistia.

CAPÍTULO II: A GUERRILHA DO ARAGUAIA

O presente capítulo irá expor uma breve explicação do surgimento da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, instituídas no âmbito da Organização dos Estados Americanos. Dessa forma, será possível analisar as peculiaridades do caso que esteve em análise perante o Sistema Interamericano, qual seja, a demanda contra o Brasil referente à Guerrilha do Araguaia.

Deste modo, a Guerrilha do Araguaia também será detalhada, bem como as ações judiciais iniciadas pelos familiares dos desaparecidos políticos para que sejam compreendidos os motivos que levaram os referidos familiares a demandarem contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

2.1 Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Organização dos Estados Americanos (OEA) foi instituída por meio de uma Carta em 1948, que entrou em vigor em 1951. Sendo um dos seus intuitos o de consolidar no continente um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem, conforme consta no preâmbulo da Carta (CARTA, 1951, preâmbulo), a Organização procurou positivar diversas maneiras de cooperação entre Estados, como a solução pacífica de controvérsias, a segurança coletiva, o desenvolvimento integral. Para isso, diversos órgãos, conselhos e comissões foram instituídos.

Uma dessas é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Conforme consta na Carta, a Comissão “terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”. Ademais, uma “convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria (CARTA, 1951, preâmbulo).

Diante o exposto, é possível perceber a preocupação da Organização dos Estados Americanos com os Direitos Humanos que, já em 1948, previu a criação de uma

Comissão, juntamente com uma Convenção Interamericana que estabelecesse normas para seu funcionamento. Além disso, neste mesmo ano, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens foi assinada, como resultado da IX Conferência Internacional Americana.

Posteriormente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi criada por resolução da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores em Santiago, Chile, em 1959. A CIDH foi formalmente estabelecida em 1960, quando o Conselho da Organização aprovou seu Estatuto. Em 1980, o Regulamento da Comissão foi aprovado e sofreu modificações por diversas vezes, a última delas em 2006⁴.

Finalmente, em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, foi aprovada e entrou em vigor no ano de 1978. A Convenção enumerou os direitos civis e políticos, bem como os econômicos, sociais e culturais que os Estados se obrigariam a respeitar e promover. Em seu artigo primeiro:

“Artigo 1º: Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.” (CONVENÇÃO AMERICANA, 1969, artigo 1º)

Por meio desta Convenção e como forma de proteger os direitos e deveres nela contidos, dois órgãos competentes foram designados para conhecer dos assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes. São elas: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão (CIDH) é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos e seu mandato surge com a Carta da OEA e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representando todos os países membros da OEA⁵.

⁴ Organização dos Estados Americanos. Nossa história. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp>. Acesso em: 1 nov 2010.

⁵ Organização dos Estados Americanos. Nossa história. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp>. Acesso em: 1 nov 2010.

Existem também o Estatuto e o Regulamento que estipulam seu funcionamento, suas competências e demais atribuições.

Dentre as diversas funções estipuladas pelo art. 41 da Convenção, como a observância do cumprimento dos direitos humanos nos Estados membros, a realização de visitas in loco, o estímulo à consciência e promoção dos direitos humanos, a recomendação de medidas específicas aos Estados em casos urgentes, à Comissão é possibilitada a análise e investigação de petições com denúncias de violações dos direitos humanos, inclusive o envio de casos à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte, por sua vez, somente foi efetivada a partir da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que estabeleceu suas funções e competências. Em 1979, um ano após ter sido iniciada a vigência da Convenção, a Corte Interamericana realizou sua primeira reunião. Em 1980, seu Estatuto foi aprovado e um novo Regulamento da Corte entrou em vigor em 2003. Sua sede é São José da Costa Rica ⁶.

O Brasil ratificou a Convenção no dia 25 de setembro de 1978 e a promulgou, por meio do Decreto nº. 678, no dia 6 de novembro de 1992. Em seu art. 62, a Convenção previa que o reconhecimento da jurisdição e competência da Corte, pelo Estado membro, deveria ser feito por declaração especial ou por convenção especial. Assim, por meio do Decreto Legislativo nº. 89 de 1998, o Brasil reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos ⁷.

A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção que lhe seja submetido, o que somente pode ser feito, entretanto, por um Estado membro ou pela Comissão, em consonância com os artigos 61 e 62 da Convenção (CONVENÇÃO AMERICANA, 1969, artigos 61 e 61). Logo, conforme anteriormente mencionado, à Comissão que deverá ser submetida uma demanda individual, para

⁶ Organização dos Estados Americanos. Nossa história. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp>. Acesso em: 1 nov 2010..

⁷ BRASIL. Decreto Legislativo nº. 89. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. 1998. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=150844>>. Acesso em: 13 mar 2011.

que ela, se assim entender, possa remeter tal caso à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

E assim o fez alguns grupos de direitos humanos e familiares de desaparecidos forçados na época da ditadura militar. Em 7 de agosto de 1995, uma petição foi apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil, em face de sua responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, dentre as quais camponeses da região e membros do Partido Comunista do Brasil, decorrentes de operações empreendidas pelo Exército brasileiro entre 1972 e 1975 com o fim de extinguir a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (RELATÓRIO, 2009, p. 5)

Contudo, faz-se necessário explicar o que vem a ser a mencionada Guerrilha e os motivos que levaram os familiares dos desaparecidos políticos a buscarem uma solução externa (Comissão e Corte Interamericanas) e não por meio da Justiça interna.

2.2 Guerrilha do Araguaia

A guerrilha do Araguaia foi um grupo armado de oposição ao regime de ditadura militar que existiu no Brasil entre os anos de 1964 a 1985. Este movimento guerrilheiro concentrou suas operações em uma floresta no sul do Pará, às margens do rio Araguaia, e era formado por membros do Partido Comunista do Brasil (PCdoB). Tais membros eram estudantes, médicos, advogados, professores, bancários, mas havia também camponeses da região que foram recrutados pelos guerrilheiros. (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, p. 195) ⁸.

O treinamento dos guerrilheiros iniciou-se no ano de 1966. Os militares começaram a prestar atenção na movimentação que havia na área no final da década de 60 e, no ano de 1970, empreenderam uma operação com o intuito de inibir a presença da esquerda, por meio do lançamento de bombas e sobrevôo de helicópteros. Diversas são as versões a respeito da maneira que se deu a descoberta pelos militares das operações da guerrilha. (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, p. 198).

⁸ Nota explicativa: trata-se do livro “Direito à Memória e à Verdade desenvolvido no âmbito da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, publicado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República no ano de 2007.

Entre 1972 e 1975, o exército brasileiro realizou algumas operações contra a guerrilha com o intuito de erradicá-la. A primeira delas ocorreu no início de 1972, com a ajuda de lanchas da marinha e helicópteros e aviões da aeronáutica. Os militares estabeleciam suas bases em cidades próximas e improvisavam prisões e lugares para interrogatórios. A segunda campanha militar ocorreu entre os meses de julho e setembro de 1972, com maior quantidade de militares, melhor identificação dos guerrilheiros, mas não conseguiu extirpar de vez a guerrilha. (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, p. 197).

A terceira e última operação ocorreu quase um ano depois. Nesse meio tempo, os militares se utilizaram de operação de inteligência, por meio da qual puderam mapear a população local e as atividades dos guerrilheiros, apoiados por militares paisanos (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, p. 199).

Essa última campanha militar conseguiu, finalmente, atingir o fim pretendido. Por meio das informações dos agentes infiltrados, os militares puderam identificar os acampamentos. Calcula-se que 47 pessoas desapareceram nessa última operação militar, segundo o livro *Direito à Memória e à Verdade*, que também possui o seguinte excerto:

“No final de 1974, não havia mais guerrilheiros no Araguaia. As Forças Armadas não quiseram deixar nenhum vestígio da operação. Há informações de que corpos de militantes sepultados na selva foram desenterrados e queimados. Há relatos de que alguns corpos teriam sido atirados nos rios da região. O governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos do Araguaia. Proibiu a imprensa de dar notícias sobre o tema, enquanto o Exército negava a existência do movimento. Em janeiro de 1975, segundo um oficial da Aeronáutica, Pedro Corrêa Cabral, teria sido feita uma “operação limpeza”. Em 19 de outubro de 1993, a revista *Veja* publicou matéria com Cabral – capitão na época da guerrilha –, que teria pilotado um helicóptero transportando corpos desenterrados em Bacaba para incineração no topo da Serra das Andorinhas.” (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, p. 199).

Em todas essas operações alguns guerrilheiros eram mortos, outros torturados e presos. O desrespeito aos direitos humanos não estava concentrado somente a quem fez parte da guerrilha contra o regime militar. Segundo consta do livro *Direito à Memória e à Verdade*:

“A tortura foi sistemática [...] cavaram-se buracos próximos ao acampamento e os homens foram pendurados de cabeça para baixo, amarrados com cordas em estacas afiadas à beira dos buracos. Levavam empurrões, socos e choques elétricos. E havia um médico entre os

‘especializados’. Quando um homem desmaiava, recebia uma injeção para reanimar e sofrer consciente. Vários morreram em consequência dos maus tratos sofridos e alguns enlouqueceram. A quase totalidade não havia participado da guerrilha, mas teve o azar de ter vendido mantimento, transportado, cortado o cabelo ou conversado, em algum momento, com um dos componentes da guerrilha.” (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, p. 199).

No total, houve o desaparecimento forçado, tortura e detenção arbitrária de 70 pessoas, participantes ou não da guerrilha do Araguaia. Em março de 1975, o então presidente militar Ernesto Geisel fez uma comunicação ao Congresso, anunciando o desmantelamento da guerrilha do Araguaia (MORAIS; SILVA, 2005, p. 517).

Após o fim das operações militares, não havia informações e divulgação a respeito do que havia acontecido. Havia a negação por parte do governo federal de que o movimento armado sequer existiu e não havia menção a corpos. Somente no final da década de 70 que alguns jornais noticiaram os acontecimentos (MORAIS; SILVA, 2005, p. 537).

A Lei 6.683, conhecida como Lei de Anistia, foi promulgada em 1979 e possibilitou a libertação de presos políticos e a volta dos que estavam exilados. Por meio dela, crimes políticos e a eles conexos foram perdoados, assim como aqueles que tiveram seus direitos políticos suspensos, os servidores da Administração, líderes sindicais e militares.

Contudo, tal perdão é considerado polêmico, uma vez que “absolve automaticamente todas as violações de Direitos Humanos que tenham sido perpetradas por agentes da repressão política, caracterizando-se assim o que seria uma verdadeira auto-anistia concedida pelo regime a si mesmo (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, p. 30). E incorpora o conceito “de crimes conexos para beneficiar, em tese, os agentes do Estado envolvidos na prática de torturas e assassinatos”. (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, p. 28).

Os familiares dos desaparecidos no Brasil realizaram os primeiros esforços na tentativa de encontrarem seus parentes desaparecidos no ano de 1977, conforme consta do excerto abaixo:

[Em 1977, o] cardeal de São Paulo, D. Paulo Evaristo Arns, [visitou o] general Golbery [Chefe do SNI], à frente de uma comissão de familiares de “desaparecidos políticos”. De início, o general se compromete a dar resposta sobre o paradeiro das pessoas procuradas, dentro de trinta dias: mais tarde,

se omite frente à questão, enquanto o Ministro da Justiça, Armando Falcão, informava pela imprensa que aqueles “desaparecidos” “jamais tinham sido detidos”. (ARNS, 2003, p. 272).

No início dos anos 80, os familiares das vítimas se lançaram em uma jornada na tentativa de obter informações sobre os desaparecimentos, na maioria das vezes sobre o local onde estariam enterrados os corpos. No ano seguinte, promoveram uma caravana ao local e descobriram indícios de que haveria diversos corpos enterrados tanto em cemitérios quanto em lugares clandestinos. Esta procura foi particularmente intensificada após a edição da Lei de Anistia, uma vez que os familiares dos mortos no Araguaia ainda aguardavam informações concretas e, inclusive, o retorno dos guerrilheiros. Infelizmente, essa busca dura até os dias atuais. (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, p. 200).

Os familiares dos desaparecidos continuaram buscando informações a respeito do paradeiro dos guerrilheiros. No início da década de 90, por duas vezes eles tentaram localizar os restos mortais dos guerrilheiros por meio de caravanas à região e obtiveram êxito ao encontrar os restos mortais de Maria Lúcia Petit, guerrilheira morta em 1972. (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, p. 200).

Em 1995, aprovou-se a Lei que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas à época da ditadura no Brasil. A Lei 9.140/95 prevê:

Artigo 1º - São reconhecidas como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas relacionadas no Anexo I desta Lei, por terem participado, ou terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.⁹

Segundo o relatório da Comissão que remeteu o presente caso à Corte Interamericana, tal lei, em termos gerais, “o Estado reconheceu sua responsabilidade pelos fatos relacionados com a detenção arbitrária e ilegal, a tortura das vítimas, e seu desaparecimento” (RELATÓRIO, 2009, p. 9). Dessa forma, o Estado brasileiro reconheceu a

⁹ BRASIL. Lei nº 9.140/95, de 5 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9140.htm>. Acesso em 3 fev 2011.

responsabilidade no desaparecimento forçado de 136 pessoas listadas no Anexo desta da lei, sendo que metade desses desaparecimentos ocorreu no âmbito da Guerrilha do Araguaia.

Ademais, a mencionada lei criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), ligada à Presidência, que possui as seguintes atribuições, conforme postula seu artigo 4º:

“I - proceder ao reconhecimento de pessoas:

a) desaparecidas, não relacionadas no Anexo I desta Lei;

b) que, por terem participado, ou por terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, tenham falecido, por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas;

II - envidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados;

III - emitir parecer sobre os requerimentos relativos a indenização que venham a ser formulados pelas pessoas mencionadas no artigo 10 desta Lei.”¹⁰

Não obstante a Lei acima mencionada tenha indicado que o Estado brasileiro reconheceu sua responsabilidade pelos desaparecimentos, tal reconhecimento foi tardio. Bem antes de sua promulgação, os familiares dos desaparecidos foram obrigados a recorrer à justiça com o intuito de obter notícias relacionadas aos guerrilheiros, uma vez que os militares não divulgavam documentos que pudessem ajudar na localização dos paradeiros dos guerrilheiros. Tanto é que houve dificuldade para reconstituir a Guerrilha do Araguaia.

“Embora as Forças Armadas tenham adotado uma postura onde predomina, há mais de 30 anos, silêncio a respeito do assunto, inúmeras reportagens, pesquisas, diligências e publicações terminaram reconstruindo os elementos básicos que compuseram aquele episódio histórico.” (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, 195).

¹⁰ BRASIL. Lei nº 9.140/95, de 5 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9140.htm>. Acesso em 3 fev 2011.

2.3 Ações Judiciais

Embora as diversas tentativas dos familiares de empreenderem caravanas à região do Araguaia com o fim de obter informações, ações judiciais foram necessárias. Primeiro porque houve um “impedimento imposto pela lei de anistia em relação à investigação penal e processos criminais sobre os desaparecimentos forçados da Guerrilha do Araguaia” (RELATÓRIO, 2009, p. 50). E, segundo, devido ao já mencionado silêncio dos militares em divulgar informações que pudessem amenizar a incansável busca dos familiares.

A primeira ação judicial foi iniciada em 21 de fevereiro de 1982, em que os familiares solicitaram (i) a declaração de ausência dos desaparecidos; (ii) a determinação do seu paradeiro e, se for o caso, a localização dos seus restos mortais; (iii) o esclarecimento das circunstâncias do falecimento; (iv) e a entrega do “Relatório Oficial do Ministério da Guerra” sobre as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia ¹¹.

Em 1989, extinguiu-se a ação sem julgamento de mérito, pois não havia possibilidade de cumprir o pedido, visto que era jurídica e materialmente impossível. Os autores da ação apelaram e conseguiram, somente em 1993, que a sentença da primeira instância fosse reformada e que a instrução processual do mérito pudesse ocorrer. A União interpôs Embargos de Declaração, Recurso Especial, Agravo de Instrumento, sendo que todos foram negados ou não recebidos. Em 15 de março de 2000, uma decisão de primeira instância estabeleceu um prazo para que o Estado apresentasse um relatório sobre as operações militares no Araguaia. Contudo, por meio de documento oficial, o Ministério da Defesa informou que não estava em posse de nenhum relatório (RELATÓRIO, 2009, p. 52).

Finalmente, em 30 de junho de 2003, a 1ª Vara Federal proferiu decisão do mérito da Ação, com as seguintes determinações:

- a) a quebra do sigilo das informações militares relativas a todas as operações realizadas contra a Guerrilha do Araguaia; b) o prazo de 120 dias para que a União informasse sobre o lugar de sepultura dos restos mortais dos desaparecidos, procedesse a transladar e sepultar as ossadas no lugar indicado pelos autores da ação judicial, e entregasse a informação necessária para a lavratura das certidões de óbito; c) o prazo de 120 dias para que a

¹¹ BRASIL. Ação Ordinária para Prestação de Fato Nº 82.00.24682-5. 1ª Vara Federal do Distrito Federal. Disponível para consulta em: <<http://www.jfdf.jus.br>>. Acesso em: 11 jan 2011.

União apresentasse ao Judiciário toda a informação relativa à totalidade das operações militares relacionadas com a Guerrilha do Araguaia; e a investigação pelas Forças Armadas, no prazo de 60 dias, a fim de elaborar um quadro preciso e detalhado das operações realizadas contra a Guerrilha do Araguaia, cujos resultados deveriam ser remetidos ao Juiz que expediu a decisão. O descumprimento dessa sentença, conforme seu texto, implicaria na aplicação de uma multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)¹².

Novamente, a União interpôs diversos recursos para que o cumprimento da sentença fosse protelado, ainda que os familiares dos desaparecidos tenham suplicado “ao Presidente da República que não impetrasse novos recursos no marco da referida ação, e manifestaram sua insatisfação quanto à interposição de tais recursos...”. (RELATÓRIO, 2009, p. 52).

Apesar dos recursos, o governo reconheceu o direito dos familiares de terem restituídos os restos mortais de seus parentes e admitiu a obrigação da União de ajudá-los neste sentido. Por isso, criou uma comissão interministerial, que ordenou, por duas vezes, que a Polícia Federal efetuasse missões ao local, sem muito sucesso, de acordo com o livro Direito à Memória e à Verdade. Tal Comissão fez recomendações para que os militares cooperassem, por meio de depoimentos e no fornecimento de documentação, bem como que o legislativo revisse o tema a respeito do acesso e sigilo de informações e documentos públicos. (RELATÓRIO, 2009, p. 52).

Outros processos judiciais também tentaram elucidar os fatos a respeito da Guerrilha do Araguaia. Com o intuito de reunir informações acerca do episódio histórico, as Procuradorias da República dos estados do Pará, São Paulo e do Distrito Federal instauraram os Inquéritos Cíveis Públicos nº 1/2001, nº 3/2001 e nº 5/2001, respectivamente.

Houve também uma Ação Civil Pública do Ministério Público Federal contra a União, que tinha o objetivo de acabar com a influência ameaçadora e ilícita das Forças Armadas sobre as pessoas que viviam na região do Araguaia que, segundo jornais, estaria sendo feita por meio da distribuição de cestas básicas em troca de silêncio em 2001. A decisão procedente desta ação determinava o seguinte:

¹² BRASIL. Ação Ordinária para Prestação de Fato Nº 82.00.24682-5. Sentença. 1ª Vara Federal do Distrito Federal. Disponível para consulta em: <<http://www.jfdf.jus.br>>. Acesso em: 11 jan 2011.

Que a União se abstenha de utilizar organismos das Forças Armadas para visitar e/ou promover atividades de assistência social cujos beneficiários sejam ex-guias do Exército durante a Guerrilha do Araguaia; e que a União exiba, reservadamente, todos os documentos que contenham informação sobre as ações militares contra a Guerrilha do Araguaia¹³.

Novamente, após o recurso de Apelação, negado, e os recursos Especial e Extraordinário impetrados pela União, não existe informações de que esses últimos tenham tido decisão definitiva, conforme consta do Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que remeteu a demanda à julgamento pela Corte Interamericana (RELATÓRIO, 2009, p. 54).

Diante da longa espera por respostas concretas e, principalmente, por informações que levassem ao paradeiro dos desaparecidos, os familiares decidiram demandar contra o Brasil na Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.

2.4 A demanda na Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Em agosto de 1995, o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado, a senhora Ângela Harkavy, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o grupo *Human Rights Watch/Americas* submeteram uma petição contra o Brasil em virtude de violação dos direitos humanos previstos nos artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa), XXV (direito de proteção contra prisão arbitrária) e XXVI (direito a processo regular) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante “a Declaração Americana” ou “a Declaração”), e nos artigos 4 (direito à vida), 8 (garantias judiciais), 12 (liberdade de consciência e de religião), 13 (liberdade de pensamento e de expressão), e 25 (proteção judicial), conjuntamente com o descumprimento do artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) da Convenção Americana. (RELATÓRIO, 2009, p. 7).

A Comissão informou o Brasil sobre a demanda e o país apresentou sua resposta em junho de 1996. Nos anos que se seguiram, os representantes e o Estado

¹³ BRASIL. Ação n. 2001.39.01.000810-5. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Acórdão. 26 de julho de 2006. Disponível para consulta em: <pdfc.pgr.mpf.gov.br/.../Acordao%20TRF1%20ACP%20MARABa.doc>. Acesso em: 12 jan 2011.

apresentaram suas manifestações quanto ao mérito do caso. Novas provas foram produzidas em audiências realizadas, incluindo o depoimento de testemunhas. Em novembro de 1997, a Comissão recebeu declaração de um dos sobreviventes da Guerrilha do Araguaia. Em agosto de 1998, o Brasil apresentou suas observações e solicitou o arquivamento do caso.

Após este intercâmbio e a não solução amistosa da demanda, a Comissão Interamericana concluiu, em 6 de março de 2001, que o caso era admissível no que se refere a fatos que poderiam constituir violações dos artigos I, XXV e XXVI da Declaração Americana e dos artigos 1.1, 4, 8, 12, 13 e 25 da Convenção Americana. (COMISSÃO, 2001, p. 7).

Em 16 de dezembro de 2004, a Comissão requereu aos representantes que apresentassem suas alegações sobre o mérito do caso, que ocorreu em novembro de 2006. Em dezembro do mesmo ano, a Comissão solicitou ao Estado que apresentasse suas alegações sobre o mérito, tendo recebido resposta no dia 7 de maio de 2007. (COMISSÃO, 2001, p. 7).

Em outubro de 2008, A Comissão Interamericana, por meio do Relatório de Mérito nº. 91/08, concluiu:

“que o Estado brasileiro deteve arbitrariamente, torturou e desapareceu os membros do PCdoB e os camponeses listados no parágrafo 94 deste Relatório. Além disso, a CIDH conclui[u] que, em virtude da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia), promulgada pelo governo militar do Brasil, o Estado não levou a cabo nenhuma investigação penal para julgar e sancionar os responsáveis por estes desaparecimentos forçados; que os recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos não foram efetivos para garantir aos familiares dos desaparecidos o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia; que as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito ao acesso à informação desses familiares; e que o desaparecimento forçado das vítimas, a impunidade dos seus responsáveis, e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos [...]”(CIDH, 2008, Apêndice 1, para. 216.)

Adicionalmente, o relatório de mérito supramencionado recomendou que o Brasil (i) adotasse todas as medidas para garantir que a Lei de Anistia não representasse obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos, (ii) determinasse a responsabilidade penal pelos crimes de desaparecimento forçado das vítimas da Guerrilha, levando em consideração que tais crimes contra a humanidade são insuscetíveis de anistia e imprescritíveis, (iii) publicasse todos os documentos relacionados com as operações militares

contra a Guerrilha do Araguaia, (iv) outorgasse reparação aos familiares das vítimas, (v) implementasse cursos de direitos humanos no âmbito das Forças Armadas e, finalmente, (vi) tipificasse o crime de desaparecimento forçado de pessoas. (CIDH, 2008, Apêndice 1, par. 216.)

Em 25 de março de 2009, de acordo com o disposto no artigo 51.1 da Convenção Interamericana e artigo 44 do seu Regulamento, a Comissão analisou a informação apresentada pelo Estado e, em virtude da falta de implementação satisfatória das recomendações contidas no Relatório 91/08, decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte Interamericana. (RELATÓRIO, 2009, p. 11).

Nesse sentido, torna-se necessário analisar a demanda após esta ter sido remetida à Corte Interamericana, que resultou na condenação do Brasil, bem como confrontá-la com a decisão do Supremo Tribunal Federal, que entendeu por não rever a Lei de Anistia.

CAPÍTULO III: STF VS. CIDH

O presente capítulo desvendará de que forma duas recentes decisões relativas ao mesmo objeto podem coexistir no ordenamento jurídico brasileiro, dado que são aparentemente contrárias entre si.

A primeira decisão, de 24 de novembro de 2010, diz respeito à condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que responsabilizou o país pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas da Guerrilha do Araguaia, entre os anos de 1972 e 1974, no âmbito da ditadura militar. Especificamente será demonstrado, a partir de decisão de condenação, que a Lei de Anistia brasileira é manifestamente incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, razão pela qual o Estado brasileiro foi condenado a revisá-la.

A segunda é oriunda do Supremo Tribunal Federal que, em 29 de abril de 2010, julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº. 153), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, decidindo não rever a Lei de Anistia e considerando que a mesma foi recebida pela Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, constitucional.

Assim, as decisões supramencionadas representam a discussão central do presente trabalho, que explicitará o embate entre as duas decisões, tendo como base a teoria analisada no primeiro capítulo e os argumentos centrais das decisões.

Ressalte-se que as determinações feitas pela CIDH envolvem diversas violações praticadas pelo Brasil entre os anos de 1972 e 1974 que não serão objeto da presente pesquisa. Assim, somente as considerações direcionadas à necessidade da revisão da Lei de Anistia serão apreciadas. No mesmo sentido, a decisão do STF será aqui apontada com base no voto do relator da ADPF, dado que tal texto foi seguido pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ¹⁴.

¹⁴ Somente dois Ministros do Supremo Tribunal Federal votaram pela procedência da ADPF nº. 153. São eles: Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto.

A análise estará limitada, portanto, à alegação pela CIDH de que o Brasil deverá rever sua Lei de Anistia por ser essa incompatível com diversos instrumentos internacionais e a decisão do STF em não revisar a Lei de Anistia por entender ser esta constitucional.

3.1 Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos

No dia 24 de novembro de 2010, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão máximo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A demanda havia sido apresentada ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos em 7 de agosto de 1995 pelos familiares das vítimas e grupos defensores de direitos humanos.

Trata-se de primeira condenação internacional do país na Corte Interamericana envolvendo episódios da ditadura ¹⁵. O Brasil foi condenado por violações à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), especificamente relativas ao (a) **desaparecimento forçado e os direitos violados das 62 pessoas desaparecidas** – violação dos direitos à personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal (artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção), às garantias judiciais e proteção judicial (artigos 8 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos e o dever de adotar disposições de direito interno; (b) **aplicação da Lei de Anistia como empecilho à investigação, julgamento e punição dos crimes** – violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção e o dever de adotar disposições de direito interno (artigos 1.1 e 2), em detrimento dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada ¹⁶; (c) **Ineficácia das ações judiciais não penais** – violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), em detrimento dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada; (d) **Falta de acesso à informação sobre o ocorrido com as vítimas desaparecidas e executada** – violação do direito à liberdade de pensamento e expressão

¹⁵ TRIBUNAL da OEA condena Brasil por crimes na guerrilha do araguaia. *Carta Capital*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/tribunal-da-oea-condena-brasil-por-crimes-na-guerrilha-do-araguaia>>. Acesso em: 15 jan 2011.

¹⁶ A pessoa executada é Maria Lucia Petit da Silva. CIDH, Relatório No. 91/08 (mérito), 11.552, Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), Brasil, 31 de outubro de 2008, Apêndice 1, para. 106.

(artigo 13), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), em prejuízo dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada; e (e) **Falta de acesso à justiça, à verdade e à informação** – violação do direito à integridade pessoal (artigo 5), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), em detrimento dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada, pela violação e sofrimento gerados pela impunidade dos responsáveis.¹⁷ (CORTE, 2010, p. 114-116)

Adicionalmente, o Brasil deve esclarecer de forma definitiva os fatos e processar penalmente os envolvidos (parágrafos 256 e 257 da sentença), realizar esforços para determinar o paradeiro das vítimas e entregar os restos mortais aos familiares (parágrafos 261 a 263), implementar curso sobre direitos humanos a todos os níveis das Forças Armadas (parágrafo 283), pagar quantias fixadas a título de indenização às famílias das vítimas (parágrafos 302 a 305, 309 a 312 e 316 a 324), tipificar o delito de desaparecimento forçado (parágrafo 287), entre outros. (CORTE, 2010, p. 116).

Para os fins pretendidos com o presente trabalho, a decisão da condenação será aqui analisada sob a ótica da Lei de Anistia, como barreira ao Estado para investigar, punir e desvendar todos os fatos relativos à Guerrilha do Araguaia.

Para isso, duas partes da decisão são suficientes para sugerir tal fato: (i) a primeira diz respeito à declaração, pela Corte Interamericana, de que a Lei de Anistia brasileira é empecilho para investigação concreta e eficaz e (ii) a segunda diz respeito aos casos análogos na América Latina e em outros continentes que foram utilizados pela CIDH para exemplificar a incompatibilidade das anistias dos países. Ambas as partes serão devidamente analisadas após a exposição, abaixo, da defesa do Brasil perante a Corte Interamericana.

3.1.1 Da defesa apresentada pelo Brasil

O Estado brasileiro tentou, por diversas vezes, encerrar o processo, inclusive após a Comissão Interamericana ter remetido a demanda à Corte para que esta julgasse o feito, sugerindo a condenação do Brasil. Nesse sentido, o Brasil interpôs três exceções

preliminares à Corte, quais sejam, (i) o reconhecimento da incompetência *ratione temporis* para examinar as supostas violações ocorridas antes do reconhecimento da jurisdição contenciosa Ca Corte pelo Brasil, (ii) o arquivamento do feito ante a manifesta falta de interesse processual dos representantes e (iii) a declaração de incompetência em razão da falta de esgotamento dos recursos internos, tendo em vista a decisão do STF de 2010 que resolveu não rever a Lei de Anistia. (CORTE, 2010, p. 5)

Em relação à incompetência para examinar violações ocorridas antes do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte, o Estado brasileiro tentou afastar a competência da Corte por ter reconhecido a jurisdição da CIDH somente em 10 de dezembro de 1998.

Segundo o Decreto 4.463/2002, que promulgou o reconhecimento da competência obrigatória da Corte:

Art. 1º. É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. (Decreto 4.463/2002) (grifou-se)¹⁸

Nesse sentido, o Estado brasileiro alegou que não poderia ser responsabilizado pela Corte por fatos anteriores ao reconhecimento de sua jurisdição contenciosa, com base no princípio da anterioridade. Entretanto, a Corte refutou tal argumentação, afirmando que:

“ (...) em sua jurisprudência constante, este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Em concordância com o exposto, a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos” (CIDH, 2008, p. 10)

¹⁸ BRASIL. Decreto 4.463/2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em: 11 jan 2011.

Logo, a Corte concluiu que era competente para julgar o presente feito, dado que o crime de desaparecimento forçado tem caráter contínuo ou permanente e, em razão de não se ter notícias sobre o paradeiro das diversas vítimas, tem-se que o crime ainda perdura.

Ademais, a Corte entendeu também possuir competência para analisar omissões do Estado que dizem respeito à falta de investigação e sanção das pessoas responsáveis, restrição de acesso à informação e a falta de recursos judiciais utilizados no esclarecimento dos fatos, pois dizem respeito a direitos previstos no Pacto de São José da Costa Rica.

No âmbito da segunda preliminar alegada como exceção, o Brasil alegou que inexistia interesse processual para que a Corte examinasse o mérito da demanda, dado que promulgou a Lei nº. 9.140/95, por meio da qual reconheceu sua responsabilidade pela morte e desaparecimentos forçados na época da ditadura, promoveu campanhas para a liberação de documentos que possam ajudar na localização dos desaparecidos, publicou o livro “Direito à Memória e à Verdade – Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos”, por meio do qual disponibilizou versão oficial acerca das violações dos direitos humanos no âmbito da ditadura militar, entre outros. (CORTE, 2010, p. 10-11)

Contudo, embora haja o reconhecimento de diversos esforços empreendidos pelo Brasil, a Comissão Interamericana, quando publicou seu Relatório de Mérito, recomendou diversas medidas ao Brasil que à época da prolação da sentença pela Corte Interamericana não haviam ainda sido cumpridas, dentre elas uma relativa à vigência da Lei de Anistia brasileira, para que essa “não continue a ser um obstáculo para a persecução penal das graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade” (CIDH, 2008, p. 10)

Nesse sentido, a Corte decidiu não entrar na autonomia e prerrogativa que a Comissão possui no que concerne aos requisitos para o envio ou não de um caso à Corte e concluiu que:

“O Tribunal considera, portanto, que as ações que o Estado afirma que adotou para reparar as supostas violações cometidas no presente caso, ou evitar sua repetição, podem ser relevantes para a análise da Corte sobre o mérito do caso e, eventualmente, para as possíveis reparações que se ordenem, mas não têm efeito sobre o exercício da competência da Corte para

dele conhecer. Com base no exposto acima, o Tribunal desestima a exceção preliminar do Estado.” (CORTE 2010, p. 14)

A terceira e última preliminar levantada diz respeito ao não esgotamento dos recursos internos, uma vez que os familiares poderiam ter interposto habeas data, além de que existiam ações ainda em curso, como a ADPF nº 153 (revisão da Lei de Anistia) e Ação Ordinária nº 82.00.024685-5 (iniciada em 1982).

No entanto, a Admissibilidade da presente demanda foi julgada em 2001, por meio do Relatório de Admissibilidade nº 33/01 emitido pela Comissão, ocasião em que “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.” (CORTE, 2010, p. 17). Ademais:

“[...] as alegações relativas à Arguição de Descumprimento, à Ação Civil Pública, à possibilidade de interposição de uma ação penal subsidiária e às diversas iniciativas de reparação, foram expostas pelo Brasil, pela primeira vez, como parte de uma exceção preliminar por falta de esgotamento dos recursos internos em sua contestação à demanda, aproximadamente nove anos e oito meses depois de adotada a decisão de admissibilidade por parte da Comissão Interamericana, ou seja, de maneira extemporânea” (CORTE, 2010, p. 17).

Infere-se, portanto, que o Estado brasileiro tinha a possibilidade de alegar tais preliminares na época em que a presente demanda estava em processo de admissão pela Comissão Interamericana. Até porque existe previsão na Convenção Americana, conforme explicitado no capítulo um deste trabalho, de que o não esgotamento dos recursos internos poderá impedir a admissão de uma demanda perante a Comissão, atendidos os requisitos e trâmites do artigo 46 da Convenção.

Contudo, tal fase encerrou-se em 2001, quando da emissão do Relatório de Admissibilidade, tendo o Brasil apresentado as referidas preliminares quase dez anos depois. Em outras palavras, tais preliminares não foram apresentadas em momento processual oportuno.

Adicionalmente, o Estado brasileiro alegou como preliminar a falta de esgotamento dos recursos internos devido à existência da Arguição de Descumprimento de Preceito Legal nº. 153, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal decidiu não rever a Lei

de Anistia, em abril de 2010. Ou seja, embasado neste argumento, o Brasil argumentou que a Corte Interamericana não poderia examinar o mérito dos fatos ocorridos até 29 de abril de 2010, data da prolação da sentença pelo STF, uma vez que não estariam esgotados os recursos internos até a referida data. Ademais, caso a CIDH examinasse a matéria, tal apreciação constituiria quarta instância e a CIDH não poderia analisar questões de mérito que foram apreciadas pela mais alta corte do país.

Entretanto, no embasamento da decisão proferida pela Corte Interamericana, utilizou-se o argumento de que a CIDH não irá revisar a decisão proferida pelo STF e não solicita um novo exame da Lei de Anistia, mas que se estabeleça se o Estado violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo das supostas vítimas e que “...este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana”. (CORTE, 2010, p. 20).

Nesse sentido, novamente a preliminar foi negada, uma vez que o mérito da demanda seria analisado à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância, dado que a Corte possui competência para interpretar a Convenção Americana e declarar a incompatibilidade das leis internas dos países com as obrigações internacionais assumidas.

3.1.2 Da Lei de Anistia como obstáculo

A sentença prolatada pela CIDH assevera que a Lei de Anistia é a causa da não investigação e não aplicação de sanções penais aos responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar, incluindo as violações cometidas contra a Guerrilha do Araguaia, dado que a mencionada lei “absolve todas as violações de direitos humanos que tenham sido perpetradas por agentes de repressão política.” (CORTE, 2010, p. 52).

Assim, depreende-se que por causa da Lei de Anistia, que não julgou penalmente os envolvidos nos desaparecimentos forçados e outros crimes, diversos fatos

acerca de todo o período não foram descobertos/divulgados, dado que não foram empreendidos reais esforços com o objetivo de elucidar questões do período, principalmente relativas aos desaparecidos forçados.

Caso existisse investigação com o fim de responsabilizar penalmente os envolvidos e, possivelmente, aplicar sanções, todos os esforços para desvendar os detalhes da Guerrilha do Araguaia seriam empreendidos.

Ademais, a obrigação de investigar e, possivelmente, punir as graves violações de direitos humanos foi afirmada por todos os órgãos dos sistemas internacionais de direitos humanos, incluindo os Sistemas Universal, Europeu, Africano e Interamericano. (CORTE, 2010, p. 53). Especificamente no que concerne ao último, destaca-se o caráter de *jus cogens* adquirido pelas violações em questão, conforme excerto da sentença adiante:

Desde sua primeira sentença, esta Corte destacou a importância do dever estatal de investigar e punir as violações de direitos humanos. A obrigação de investigar e, se for o caso, julgar e punir adquire particular importância ante a gravidade dos crimes cometidos e a natureza dos direitos ofendidos, especialmente em vista de que a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir aos responsáveis há muito alcançaram o caráter de *jus cogens*. (CORTE, 2010, p. 51).

Ou seja, caráter de normas do direito internacional que são imperativas, não passíveis de derrogação, cuja aceitação é geral, i.e., a proibição do desaparecimento forçado adquiriu status de *jus cogens*¹⁹.

Por isso, a existência da Lei de Anistia é tida como barreira à investigação séria e eficaz dos acontecimentos relativos à Guerrilha do Araguaia e não pode ser utilizada como empecilho à investigação, julgamento e punição dos crimes.

Com o fim de embasar a condenação, principalmente no tocante à Lei de Anistia, a Corte Interamericana se utilizou de diversos casos na América Latina e no mundo,

¹⁹ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. 26 de maio de 1969. Artigo 53. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acesso em: 18 jan 2011.

inclusive naqueles que proferiu decisão e constam atualmente como jurisprudência para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Tais casos foram utilizados com o fito de demonstrar a incompatibilidade das anistias de diversos países com as obrigações assumidas por esses países na Convenção Americana de Direito Humanos.

3.1.3 Da jurisprudência sul-americana

Diversos precedentes da Corte Interamericana foram por ela utilizados para embasar a argumentação segundo a qual as anistias ou situações análogas relativas a graves violações aos direitos humanos são incompatíveis com as obrigações internacionais assumidas pelos países membros da Convenção Americana de Direitos Humanos .

Embora sejam citados precedentes dos Sistemas Universal, Europeu e Africano de Direitos Humanos na sentença, assim como em casos análogos em diversos países da América Latina, faz-se necessário eleger apenas alguns desses no presente trabalho, a fim de que uma análise mais densa possa ser feita. Por isso, os casos relativos ao Chile, Uruguai e Argentina²⁰ serão aqui analisados.

Em relação ao Chile, uma sentença emitida pela Corte Suprema do país no caso Lecaros Carrasco anulou sentença absolutória anterior e confirmou a não aplicação da Lei de Anistia nº 2.191 de 1978:

“ [O] delito de sequestro [...] tem o caráter de crime contra a humanidade e, conseqüentemente, não procede invocar a anistia como causa extintiva da responsabilidade penal

[A] lei de anistia proferida pela autoridade *de facto* que assumiu o “Comando Supremo da Nação”, [...] há de ser interpretad[a] num sentido conforme às convenções protetoras dos direitos fundamentais do indivíduo e punitivas dos graves atentados contra ele cometidos, durante a vigência desse corpo legal” (CORTE, 2010, p. 61).

²⁰ Os três países não foram escolhidos de forma aleatória. Eles constam do voto do relator da ADPF nº. 153, o Ministro Eros Grau, que se utilizou das anistias nesses três países para embasar seu voto contrário à revisão da Lei de Anistia.

No que diz respeito ao Uruguai, sua Suprema Corte de Justiça emitiu decisão, por meio da qual refutou a competência do legislativo em declarar caducidade de ações penais. Assim, segundo excerto da decisão:

“ [ninguém] nega que, mediante uma lei promulgada com uma maioria especial e para casos extraordinários, o Estado pode renunciar a penalizar atos delitivos. [...] No entanto, a lei é inconstitucional porque, no caso, o Poder Legislativo excedeu o marco constitucional para acordar anistias [porque] declarar a caducidade das ações penais, em qualquer hipótese, excede as faculdades dos legisladores e invade o âmbito de uma função constitucionalmente atribuída aos juízes, pelo que, independentemente dos motivos, o legislador não podia atribuir-se a faculdade de resolver que havia operado a caducidade das ações penais em relação a certos delitos.

[A] regulamentação atual dos direitos humanos não se baseia na posição soberana dos Estados, mas na pessoa enquanto titular, por sua tal condição, dos direitos essenciais que não podem ser desconhecidos, com base no exercício do poder constituinte, nem originário, nem derivado

... a tal ponto que as consequências jurídicas da lei a respeito do direito às garantias judiciais são incompatíveis com a Convenção [A]mericana [sobre] Direitos Humanos.” (CORTE, 2010, p. 62-63).

Finalmente, uma decisão na Argentina, proferida por sua Corte Suprema, decidiu por tornar a lei de anistia sem efeitos, pois ela estava servindo como impedimento para a investigação de fatos entendidos como violações aos direitos humanos, conforme excerto da decisão abaixo:

“ [A] fim de dar cumprimento aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, a supressão das leis de [anistia] é impostergável, e deverá ocorrer de maneira que não possa delas decorrer obstáculo normativo algum para o julgamento de fatos, como os que constituem o objeto da presente causa. Isto significa que os beneficiários dessas leis não podem invocar nem a proibição de retroatividade da lei penal mais grave, nem a coisa julgada. [A] sujeição do Estado argentino à jurisdição interamericana impede que o princípio de “irretroatividade” da lei penal seja invocado para descumprir os deveres assumidos, em matéria de persecução de violações graves dos direitos humanos” (CORTE, 2010, p. 59).

Diante do exposto, percebe-se que as Leis de Anistia concebidas no contexto da ditadura, que também ocorreu nos países supramencionados, são incompatíveis com a Convenção Americana, uma vez que os crimes cometidos foram entendidos como crimes contra a humanidade, além do fato de que a declaração da caducidade de ações penais realizada pelo legislativo exceder sua competência, conforme entendimento uruguaio.

Ademais, tais decisões supracitadas permitem inferir que a soberania dos países está relativizada no que diz respeito ao tratamento das questões relativas aos direitos humanos. Não obstante, não é esse o entendimento utilizado para embasar a manutenção da Lei de Anistia brasileira, conforme será demonstrado por meio da análise do voto do relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, julgada em 2010.

3.2 Decisão do Supremo Tribunal Federal

3.2.1 Da Lei de Anistia

A Lei nº 6.683 de 1979, também conhecida como Lei de Anistia, possui o seguinte trecho relevante:

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

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

Assim, a referida lei perdoou todos os crimes políticos praticados durante o regime ditatorial no Brasil entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, dado que o bem maior perseguido à época era o retorno a um Estado de Direito.

Embora a Lei acima tenha servido para que o regime militar terminasse e o regime democrático iniciasse, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153)²¹, em 2009, com o objetivo de se dar à Lei uma interpretação conforme a Constituição, “de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985).” (ADPF, 2010, p.3).

²¹ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) serve para evitar ou reparar uma violação a um preceito fundamental que resulte de um ato ou Poder Público. A ADPF é modalidade de ação constitucional e é proposta perante o Supremo Tribunal Federal, conforme consta do §2º do art. 102 da Constituição Federal.

Assim, a presente ação constitucional pretendeu que o Supremo declarasse a não recepção pela Constituição Federal de 1988 o §1º da Lei de Anistia. Ou seja, declarar que crimes aqueles crimes comuns praticados pelos militares (tortura, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, estupro e atentado violento ao pudor) não podem se encaixar nos crimes anistiados, pois não estariam previstos na Lei de Anistia. (ADPF, 2010, p.3)

Finalmente, após leitura da petição inicial da ADPF nº. 153, percebe-se que a grande controvérsia relativa à lei em questão não dizia respeito à anistia aos agentes públicos que cometeram crimes políticos ou conexos, ou seja, crimes políticos ou crimes comuns conexos aos políticos.

A controvérsia existia em relação ao §1º da Lei de Anistia, uma vez que tal parágrafo não previu a anistia para aqueles agentes públicos que somente cometeram crimes comuns durante o regime ditatorial. Ou seja, segundo interpretação do §1º, a anistia seria concedida até mesmo para aqueles agentes repressores que só cometeram crimes comuns, não devendo ser essa a interpretação do §1º, pois viola preceitos fundamentais da Constituição, como a não ocultação da verdade e a dignidade da pessoa humana.

Após os trâmites legais da presente Arguição, o Supremo Tribunal Federal prolatou decisão e julgou improcedente essa ação constitucional, por 7 votos pela improcedência contra 2 pela revisão da lei. Assim, faz-se necessário analisar o voto do relator para desvendar seus fundamentos.

3.2.2 Dos fundamentos da decisão

Inicialmente, o Ministro relator do voto refutou a ideia segundo a qual a interpretação do §1º da Lei de Anistia é tecnicamente obscura, dado que as normas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem, isto é, a interpretação serve de mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; vai do universal ao específico. Nesse sentido, concluiu afirmando que todo texto é obscuro até que seja dada a ele uma interpretação:

“Se for assim --- e assim de fato é --- todo texto será obscuro até a sua interpretação, isto é, até a sua transformação em norma. Por isso mesmo afirmo, em outro contexto, que se impõe observarmos que a clareza de uma lei não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido ela interpretada.” (ADPF, 2010, p. 16)

Em relação à afronta aos preceitos fundamentais defendido na inicial da ADPF, o relator entendeu que não há ofensa à (i) **isonomia em matéria de segurança**, porque há desigualdade entre a prática de crimes políticos e crimes conexos com eles. A lei poderia, sim, sem afronta à isonomia --- que consiste também em tratar desigualmente os desiguais --- anistiá-los, ou não, desigualmente; (ii) **ao direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral**, pois o que caracteriza a anistia é a sua objetividade, o que importa em que esteja referida a um ou mais delitos, não a determinadas pessoas e que existem leis em trâmite a respeito da abertura de arquivos secretos; (iii) **aos princípios democráticos e republicanos**, pois dar-se crédito a eles, não apenas o fenômeno do recebimento --- a recepção --- do direito anterior à Constituição de 1988 seria afastado, mas também outro, este verdadeiramente um fenômeno, teria ocorrido: toda a legislação anterior à Constituição de 1988 seria, porém exclusivamente por força dela, formalmente inconstitucional e (iv) **à dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro, que não pode ser negociada**, pois trata-se de argumentação exclusivamente política, não jurídica. (ADPF, 2010, p. 17-30)

No que tange ao ponto de número dois acima, entendeu o relator que a Lei de Anistia é caracterizada pela sua objetividade e não diz respeito a pessoas determinadas. Assim, propõe que sejam desembaraçados os mecanismos existentes que ainda dificultam o conhecimento do ocorrido naquelas décadas e cita que está pendente o julgamento da ADI nº 4077, ação proposta para declarar a inconstitucionalidade das leis que asseguram o sigilo dos documentos públicos²².

Afirma que a Lei de Anistia é lei-medida, pois o que deve ser deixado bem claro é a necessidade de, no caso de lei-medida, interpretar-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. Registra,

²² BRASIL. Lei nº 8.159/91. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. 9 de janeiro de 1991. BRASIL. Lei nº. 11.111/05. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências. 6 de maio de 2005.

ainda, a existência no Brasil, no período republicano, de mais de trinta atos de anistia, veiculados por decretos ou leis-medida.

A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979 --- assumida. A Lei n. 6.683 é uma lei -medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. (ADPF, 2010, p. 50)

Em suma, a linha central da decisão que concluiu pela não revisão da Lei de Anistia relaciona-se com o fato de que tal lei representou uma transição e fez sentido na época em que foi editada, não cabendo ao Supremo Tribunal Federal revisá-la. Ademais, segundo consta do voto do relator, não cabe ao Supremo revisar tal lei, pois o Poder Judiciário não está autorizado a reescrever leis de anistia, cabendo ao legislativo, caso queira, fazê-lo.

3.2.3 Da jurisprudência sul-americana

O relator da ADPF cita alguns precedentes sul americanos que foram utilizados para fundamentar o argumento de que as modificações relativas à Lei de Anistia deverão ser feitas pelo Poder Legislativo. E o primeiro caso utilizado como exemplo diz respeito ao Chile.

Assim, segundo consta do voto do relator, os deputados Isabel Allende e Marcelo Díaz tentam a revogação da Lei de Anistia no legislativo, por meio da apresentação de um projeto de lei que pretende revogá-la. Menciona, ainda, que a Corte Suprema do Chile declarou que os crimes praticados por Claudio Lecaros Carrasco, então Coronel do Exército, na época da ditadura, estariam prescritos, e que isso vai contra ao entendimento anterior da Corte declarou serem imprescritíveis os crimes cometidos contra o desaparecido político José Matias Ñanco, pois se tratavam de crimes de lesa-humanidade. (ADPF, 2010, p. 62)

No caso da Argentina, a Lei de Anistia foi diversas vezes modificada e anulada por leis posteriores, o que demonstra que a revisão foi procedida pelo Poder Legislativo, ainda que a Corte Suprema tenha declarado, em 2007, inconstitucional o indulto concedido pelo então Presidente Carlos Menem ao um ex-general, o que abre caminho, segundo consta do voto, para a declaração de inconstitucionalidade de indultos similares. (ADPF, 2010, p. 63).

Por último, um caso uruguaio é citado e diz respeito à Lei de Anistia aprovada pelo legislativo nos anos 80 e a posterior declaração, pela Suprema Corte de Justiça, em 2007, que a Lei de Anistia do país seria inconstitucional. (ADPF, 2010, p. 65).

No que diz respeito à obediência de normas internacionais pelo Brasil, o relator citou texto de Nilo Batista, o qual menciona a necessidade de se internalizar normas para que essas possam valer no ordenamento jurídico brasileiro e uma menção à condenação do Brasil pela CIDH que estaria por vir alguns meses depois. Assim:

“... em primeiro lugar, instrumentos normativos constitucionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, ‘o costume internacional não pode ser fonte de direito penal’ sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente Arellano x Chile, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas ‘para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998’”. (ADPF, 2010, p. 56/57).

O relator concluiu, diante do explicitado, que não cabe ao Supremo Tribunal Federal legislar e que, caso ocorram mudanças que obriguem a revisão da Lei de Anistia, tal revisão deverá ser feita pelo poder legislativo, o que permitir inferir que o STF reconheceu a possibilidade de se rever a Lei de Anistia, conforme excerto a seguir:

“Permito-me repetir o quanto afirmei em linhas acima. O acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo, não por nós. Como ocorreu e deve ocorrer nos Estados de direito. Ao Supremo Tribunal Federal --- repito-o --- não incumbe legislar.” (ADPF, 2010, p. 65).

Diante do exposto, torna-se mister analisar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos em confronto com a sentença do Supremo Tribunal Federal para verificar as condições de possibilidade de cumprimento das determinações feitas ao Brasil pela Corte Interamericana.

3.3. Confronto de decisões: CIDH vs. STF

A presente análise será orientada com base na ideia de que a decisão acerca da não revisão da Lei de Anistia contrariou toda uma construção brasileira voltada à primazia pelos direitos humanos para, ao final, explanar se o Brasil cumprirá ou não as recomendações da CIDH.

Primeiramente, torna-se mister expor que o Brasil tem se orientado formalmente pela primazia dos direitos humanos desde que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, conforme prevê o inciso II do artigo 4º da Carta. Assim, “se o Brasil se orientará pela observância desse princípio ao se relacionar com os demais países da ordem internacional, é porque assume que os direitos humanos são um tema global...” (PIOVESAN, 2002, p. 57).

O Ministro Celso de Mello declarou a existência da crescente internacionalização dos direitos humanos em voto proferido no julgamento do HC 87.585-8, conforme consta do trecho adiante:

“É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos humanos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana”²³

E é justamente esta crescente universalização dos direitos humanos, por meio de um constitucionalismo democrático, que pode ser inserida no âmbito da teoria do Estado Constitucional Cooperativo. Assim, devido ao fato de cada vez mais os Estados positivarem em suas Constituições normas internacionais de proteção aos direitos humanos, tal universalização ocorrerá.

No âmbito da teoria do Estado Constitucional Cooperativo, tais normas internacionais positivadas pelos Estados em suas Constituições, que permitem a concessão de poderes soberanos a uma Organização Internacional, afirmam uma espécie de renúncia à soberania que antes detinham. (HÄBERLE, 2003, p. 75). E o Brasil emendou a sua

²³ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 87.585-8, Tocantins. Voto do Ministro Celso de Mello em 12 mar 2008. pag. 7-8.

Constituição para permitir a possibilidade de normas internacionais de direitos humanos terem status de norma constitucional, bem como reconheceu a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Depois de 1988, com a nova Constituição, o Brasil ratificou diversos documentos internacionais referentes aos direitos humanos, quais sejam, (i) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, ratificada em 9 de julho de 1989 (ii) Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, ratificado em 28 de setembro de 1989; o (iii) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ratificado em 24 de janeiro de 1992; a (iv) Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada em 9 de julho de 1992; e o (v) Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ratificado em 20 de junho de 2002 ²⁴.

No âmbito desses documentos, principalmente na Convenção Americana, existe a previsão de que os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornarem efetivos tais direitos e liberdades, se o exercício dos direitos e liberdades mencionados na Convenção não estiverem garantidos, conforme prevê seu artigo 2º. (CONVENÇÃO, 1969, artigo 2º).

E é justamente isso que deve ser feito conforme consta da sentença prolatada pela CIDH no caso nº. 11.555 (Guerrilha do Araguaia). O Estado brasileiro deve adotar as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas conforme os parâmetros interamericanos, nos termos do parágrafo 287 da Sentença (CORTE, 2010, p. 104). Enquanto não cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno.

Adicionalmente, essas recomendações revelam a natureza ambígua do Estado enquanto agente implementador dos direitos humanos, dado que ele, conforme explicitado no

²⁴ Amicus Curiae. Centro pela justiça e o direito internacional. ADPF nº 153. Pag 658. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>>. Acesso em: 22 fev 2011.

capítulo um, pode ser caracterizado “como detentor do monopólio da violência física legítima, tanto como protetor dos direitos humanos” (GIOVANNETTI, 2009, p. 233-234). Ou seja, o Estado pode cometer violações aos direitos humanos, dado que possui o monopólio da violência física legítima, tendo a opção de punir os responsáveis ou de se omitir, assim como deve promover a proteção dos direitos humanos em qualquer situação. No primeiro caso, a punição deverá ser feita com base nos mecanismos existentes.

O que leva à conclusão de que enquanto não forem ratificadas a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas do Desaparecimento Forçado e a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, os mecanismos existentes devem assegurar a punição dos responsáveis pelas violações de direitos humanos.

Exemplo da adequação do direito interno à Convenção é o Caso Última Tentação de Cristo, no Chile, no qual consta qual deve ser a interpretação do artigo 2º da Convenção Americana:

“4. [...] A convenção Americana, juntamente com outros tratados de direitos humanos, "foram concebidos e adotados com base na premissa de que os ordenamentos jurídicos internos devem se harmonizar com as disposições convencionais, e não vice-versa” (parágrafo 13). [e]m definitiva, adverti, “[N]ão se pode legitimamente esperar que essas disposições convencionais se „adaptem” ou se subordinem às soluções de direito constitucional ou de direito público interno, que variam de país a país [...]. A Convenção Americana, ademais de outros tratados de direitos humanos, buscam, *a contrario sensu*, ter no direito interno dos Estados Parte o efeito de aperfeiçoá-lo, para maximizar a proteção dos direitos consagrados, acarretando, nesse propósito, sempre que necessário, a revisão ou revogação de leis nacionais [...] que não se conformem com seus parâmetros de proteção.” (parágrafo 14)”²⁵

Logo, é preciso criar condições necessárias para que as disposições internas harmonizem-se com as normas internacionais ratificadas pelo país e não vice-versa, dado que essas últimas resultaram da vontade soberana de vários países juntos. Ademais

“[...] se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre

²⁵ Corte Interamericana. Cf. Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) versus Chile. Mérito, Reparações e Custas. *Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C No. 73, pars. 85 e seguintes.*

direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil”.

3.3.1 Das jurisprudências sul-americanas

No que tange aos precedentes sul americanos que foram utilizados para fundamentar ambas as decisões, faz-se necessário tecer as seguintes considerações.

No caso da CIDH, tentou-se mostrar que em diversas ocasiões a Corte Interamericana declarou a incompatibilidade das leis de anistia dos países e sua conseqüente revogação pela Cortes Supremas de cada país. No âmbito da ADPF nº. 153, o relator objetivou demonstrar que nos países sul americanos o Poder Legislativo é quem deve rever, se for o caso, a Lei de Anistia.

Em relação ao Chile, ambas as decisões mencionaram o processo do Coronel Lecaros Carrasco. Em 28 de abril de 2010, o relator da ADPF citou decisão chilena que declarava prescritos os crimes praticados (dentre eles o de seqüestro) por Carrasco, prolatada pela Corte Suprema do Chile em novembro de 2007. Nesse sentido, os crimes estariam prescritos, ainda que tenham acontecido no contexto da ditadura militar chilena.

Contudo, em 18 de maio de 2010, a Corte Suprema chilena voltou atrás e anulou decisão anterior por meio de uma sentença de substituição, extinguindo a aplicação da Lei de Anistia e declarando que o crime de seqüestro, por ter caráter de crime contra a humanidade, não comporta anistia. E foi esta jurisprudência que a CIDH utilizou para fundamentar sua sentença.

Já no caso do Uruguai, em ambas as decisões é mencionado o fato de a Suprema Corte de Justiça ter emitido decisão por meio da qual refutou a competência do legislativo em declarar caducidade de ações penais. Contudo, o relator da ADPF chamou atenção para o fato de a sociedade uruguaia ter se manifestado, em duas ocasiões, por meio de referendo, pela continuidade da vigência da Lei de Anistia.

Por último, ambas as decisões mencionaram decisão prolatada na Argentina. No caso da CIDH, o exemplo utilizado foi sentença prolatada pela Corte Suprema, que tornou a lei de anistia sem efeitos, pois ela estava servindo como impedimento para a investigação de fatos entendidos como violações aos direitos humanos.

Já o relator da ADPF reconheceu que houve essa decisão da Corte Suprema da Argentina, mas chamou atenção para o fato de a Lei de Anistia daquele país ter sido por diversas vezes modificada e anulada por leis posteriores, o que demonstra que a revisão foi procedida pelo Poder Legislativo. Ainda que tais revisões pelo legislativo tenham ocorrido antes da decisão da Corte Suprema argentina.

Diante do exposto, infere-se que o Poder Judiciário dos três países acima citados têm tido grande importância na declaração de inconstitucionalidade das leis de Anistia, principalmente após intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos naqueles países. Os direitos humanos têm sido regulados cada vez mais com foco de sua primazia, com a ideia de que não estão presos à soberania clássica do Estado. E é nesse sentido que são proferidas as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Somados aos casos citados, a CIDH baseou sua sentença em diversas outras decisões por ela proferidas em casos similares ao brasileiro, citando precedentes do Sistema Universal, do Sistema Africano e do Sistema Europeu de Direitos Humanos, que dizem respeito à incompatibilidade das leis de anistia com as Convenções de Direitos Humanos.

3.3.2 Do Acesso a Informações

O Brasil foi condenado pela CIDH também pela falta de acesso à informação sobre o ocorrido com as vítimas desaparecidas e com a pessoa comprovadamente executada, bem como pela falta de acesso à justiça e à verdade.

Não obstante, o relator da Lei de Anistia concluiu que a mesma é caracterizada pela sua objetividade e não diz respeito a pessoas determinadas. Nesse sentido, propôs que sejam desembaraçados os atuais aparatos que ainda dificultam o conhecimento acerca do que aconteceu na época em que existiu a Guerrilha do Araguaia. E mencionou o fato de existir

ação direta de inconstitucionalidade relativa à vigência de duas leis que tratam do sigilo de documentos públicos.

Assim, não é levado em consideração o fato de os parentes dos desaparecidos políticos buscarem respostas acerca do ocorrido desde 1977 e não obterem tratamento eficaz por parte da justiça brasileira. Assim, por meio do voto na ADPF nº 153, somente é ‘proposto’ que os aparatos que ainda dificultam o acesso a arquivos secretos sejam desembaraçados.

Não obstante, há de se levar em consideração as tentativas realizadas pelo Estado brasileiro acerca da busca pela verdade, por meio da criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos, que reconheceu a existência de desaparecidos políticos e das diversas expedições realizadas ao local na tentativa de se obter informações do ocorrido. Apesar deste feito, não se realizou uma investigação exaustiva que fosse capaz de identificar os responsáveis e, principalmente, o paradeiro dos restos mortais das vítimas.

A própria Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos, criada pela Lei 9.140/95, afirma que:

“O Brasil é o único país do Cone Sul que não trilhou procedimentos semelhantes para examinar as violações de Direitos Humanos ocorridas em seu período ditatorial, mesmo tendo oficializado, com a Lei nº 9.140/95, o reconhecimento pelas mortes e pelos desaparecimentos denunciados.” (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, 21).

Adicionalmente, os fatos que permitiram reconstituir o ocorrido não decorreram de versões oficiais fornecidas pelo Estado ou pelos militares. Segundo a mesma Comissão:

“As informações foram levantadas por familiares e advogados, tomando por base depoimentos de ex-presos políticos, de agentes do Estado e pessoas envolvidas no processo de repressão, bem como analisando reportagens da imprensa e documentos encontrados em arquivos públicos abertos para consulta. Este último fator reforça a necessidade de se permitir amplo acesso a esses e outros arquivos públicos, ou mesmo privados, para consulta e esclarecimento da realidade das mortes”. (COMISSÃO ESPECIAL, 2007, 198).

Nesse sentido, faz-se necessário realizar mais do que somente a ‘proposição’ do desembaraço de leis que protegem arquivos secretos e privados. Não se empreendeu nada

de concreto e efetivo que pudesse resgatar todo o acontecido naquele período, bem como documentos oficiais, o que resultou na condenação do Brasil no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

3.3.3 Do cumprimento da sentença: confronto de ordenamentos

Após a sentença prolatada em 24 de novembro de 2010 pela CIDH, existe grande questionamento quanto ao cumprimento da sentença pelo Brasil. Diversos setores o requerem, incluindo a Ordem dos Advogados do Brasil, que enviou Ofício a atual presidenta, Dilma Rousseff, pelo cumprimento integral da sentença, conforme é demonstrado pelo trecho a seguir:

“O País exerceu sua soberania ao aderir voluntariamente à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao reconhecer como obrigatória a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esses atos - políticos e jurídicos - foram praticados com estrita observância da Constituição Federal e, acima de tudo, são a concretização do artigo 4º, inciso II do artigo 5º, §§ 2º e 3º, e do artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos para decidir sobre violações aos direitos humanos ocorridas no Brasil é indiscutível. Suas determinações são de cumprimento obrigatório por todos os agentes públicos do País, sem a possibilidade de rediscussão ou revalidação interna de seu valor, conforme estabelece o artigo 68 do Pacto de São José da Costa Rica.”²⁶

Apesar do exposto, a posição dualista do Brasil é demonstrada no voto do relator da ADPF, que cita texto de Nilo Batista relativo à obediência de normas internacionais:

“... em primeiro lugar, instrumentos normativos constitucionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, ‘o costume internacional não pode ser fonte de direito penal’ sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente Arellano x Chile, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em

²⁶ OFÍCIO. Ordem dos Advogados do Brasil. Pelo cumprimento integral da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=21468>>. Acesso em: 25 fev 2011.

2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas ‘para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998’. (ADPF, 2010, 56-57)

Infere-se, portanto, entendimento do relator acerca da necessidade de internalização da norma internacional para que essa possa produzir efeitos no âmbito interno, que terminou sendo seguido pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Exemplo disso é a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas do Desaparecimento Forçado e a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas que foram ratificadas pelo Brasil ²⁷, mas não promulgadas, isto é, não consta no ordenamento interno decretos que autorizem a vigências destas Convenções no âmbito interno. Entende-se, nesse caso, a não obrigatoriedade de seu cumprimento no campo interno.

Ademais, no âmbito nacional, o Brasil tem adotado como prática a necessidade de se promulgar a norma internacional no âmbito interno, segundo João Grandino Rodas. Assim, além de ratificar determinada norma, que significa a obrigação de cumprimento no plano internacional, a promulgação também é realizada para que a norma tenha validade no plano interno. Segundo Rodas:

A adoção da teoria dualista, que esposa a separação absoluta entre a ordem interna e a internacional, acarreta como corolário a necessidade de promulgar os tratados para que estes, embora já existentes no plano internacional, tenham validade nacional (RODAS, 1980, p. 199-200).

Logo, a promulgação dá efetividade à norma internacional no plano interno, visão essa que também é defendida por Flávia Piovesan, uma vez que “(...) com relação aos tratados internacionais comuns, o Brasil acolhe a corrente dualista, que requer a sistemática da incorporação legislativa”. (1996 apud GALINDO, 2002, p. 148).

Tal ideia é também compartilhada por Hildebranco Accioly e Geraldo Silva, pois entendem que para o direito brasileiro a incorporação da norma internacional ao direito interno é obrigatória, sendo adotada, portanto, a teoria dualista. A saber:

²⁷ Amicus Curiae. Centro pela justiça e o direito internacional. ADPF nº 153. Pag 658. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>>. Acesso em: 22 fev 2011.

“Ao se estabelecer a necessidade imperiosa de incorporação, independente da posição que assumirá posteriormente a norma, evidentemente adota o direito brasileiro uma forma de dualismo, mesmo que moderado. Somente depois de incorporadas ao ordenamento jurídico interno podem as normas de origem internacional criar direitos e deveres para os particulares, ainda que antes disso tenha o Estado relevado aos seus co-contratantes ter assumido suas obrigações naquele plano (...)” (SILVA; ACCIOLY, 2002, p. 67).

Não obstante o exposto, nem todos os doutrinadores posicionam-se desta mesma maneira ²⁸. Apesar disso, não se pode negar que a necessidade de incorporação da norma internacional ao direito interno tem ocorrido na prática brasileira, conforme ensina João Grandino Rodas.

De fato, após a assinatura de um tratado internacional, ele é remetido ao Congresso Nacional e, somente após a sua aprovação legislativa, ele será ratificado e promulgado. E essa promulgação da norma, que será feita por meio de Decreto Executivo, permite concluir que o Brasil adota a teoria da duplicidade de sistemas jurídicos, quais sejam, o interno e o internacional.

Portanto, as normas externas não fazem parte do plano interno dos países, exceto quando são introduzidas no âmbito doméstico de cada Estado (REZEK, 2002, p.5). A partir daí, infere-se que as normas que norteiam as relações entre os países, como os costumes e os princípios gerais do Direito, não devem ser seguidas automaticamente. Devem, antes de tudo, terem sido aceitas pelo Estado.

Um dos grandes expoentes da teoria dualista é Triepel, da Alemanha. Para ele, os Direitos Interno e Internacional são distintos, pois possuem fontes e destinatários das normas diversos. Além disso, somente será possível a internalização de uma norma internacional caso o país promulgue uma lei por meio de seu próprio Direito Interno, transformando, assim, a norma internacional (GALINDO, 2002, p. 30).

Diante do exposto e sem a pretensão de entrar em discussões relativas às teorias do relacionamento entre Direito Interno e Internacional, faz-se necessário concluir que o Brasil adota uma postura em que as normas internas e as normas internacionais são objetos distintos. Assim, a norma interna ainda é majorada e tida como fonte principal do Estado.

²⁸ O Professor George Galindo cita Celso Albuquerque de Mello e Vicente Marotta Rangel como exemplos.

Ainda que o Brasil tenha aderido à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana, tenha ratificado diversos documentos internacionais de direitos humanos e emendado sua Constituição com a previsão de dar a algumas normas internacionais o status de matéria constitucional, percebe-se que houve um retrocesso nesse âmbito, a partir da decisão da ADPF nº. 153.

Para que haja efetivo cumprimento da sentença da CIDH, deve-se dar outro tratamento às matérias que o Brasil adere no plano internacional. Percebe-se que, no plano teórico, o país tem ratificado e promulgado diversos instrumentos internacionais e, na prática, o direito interno ainda é levado em consideração de forma quase que absoluta, quando existe confronto.

Conclui-se, portanto, retomando as ideias de Peter Häberle, que o Brasil tem se voltado para o plano internacional e se orientado pela prevalência dos direitos humanos, inclusive admitindo a possibilidade de normas internacionais terem status de normas constitucionais. Na prática, contudo, tal fato não ocorre. Principalmente quando envolve questões do passado, em que a justiça de transição não é feita de forma a se buscar o esclarecimento total dos fatos.

Finalmente, o Brasil tem se colocado a favor da prevalência dos direitos humanos e a necessidade de assegurá-los de forma absoluta. Mas, conforme evidenciado pelo voto do relator da ADPF nº 153, julgada improcedente por maioria, tem-se a visão de que o Brasil não se submete obrigatoriamente a decisões de um tribunal do plano internacional quando existe o embate com o Tribunal interno.

Somente o fará quando houver a possibilidade de sanções ao país, dado que a decisão emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é tida como externa e não afetará matéria que já foi decidida pela Corte suprema do país, qual seja, o Supremo Tribunal Federal.

A decisão da Corte Interamericana determina a análise de convencionalidade da Lei de Anistia com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil em tema de direitos

humanos, tendo em vista a competência da Corte de interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Tendo em vista que o Judiciário está inserido dentro do Estado como um todo, ele tem a obrigação internacional de fazer a análise de convencionalidade da Lei de Anistia com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, o que não foi feito quando da decisão na ADPF nº. 153.

Perdeu-se, assim, oportunidade de enfim resgatar totalmente o ocorrido no contexto da ditadura militar e finalmente iniciar as condições para a adequação do direito interno à Convenção Americana de Direitos Humanos.

CONCLUSÃO

A presente monografia possibilitou o aprofundamento dos conhecimentos acerca de um assunto que até hoje suscita diversos debates e discussões calorosas, qual seja, a ditadura militar. Entretanto, para os fins deste trabalho de pesquisa, utilizou-se o período no qual a Guerrilha do Araguaia atuou, dado que a demanda apresentada à Organização dos Estados Americanos, especificamente à Comissão de Direitos Humanos, envolveu os desaparecidos no contexto daquela Guerrilha, que culminou na condenação do Brasil pela Corte Interamericana.

Inicialmente, devem ser ressaltados os limites impostos por tema tão abrangente, seja por um contexto histórico que carece de documentos oficiais, principalmente quando existem violações aos direitos humanos envolvidas, seja por envolver decisões densas e repletas de detalhes. Assim, no decorrer da escrita, tentou-se restringir ao máximo e adequar ambas as decisões aos propósitos da Monografia para que o objetivo fosse alcançado.

Ademais, faz-se necessário também observar os limites estabelecidos pela teoria do Estado Constitucional Cooperativo utilizada. Primeiramente devido ao fato de justamente ser uma teoria, isto é, por ser uma visão construída e que possui uma leitura sobre determinado fato que intrinsecamente exclui diversas outras leituras sobre a mesma realidade. E segundo por ter sido construída no contexto europeu, continente cujo nível de integração ultrapassa todas as outras aproximações regionais, ainda que venha sendo cada vez mais utilizada em julgados do Supremo Tribunal Federal ²⁹.

Não obstante o exposto, chegou-se à conclusão de que o Brasil, enquanto não revisitar totalmente seu passado, por meio da abertura dos documentos oficiais, estabelecimento de comissões para analisar a veracidade dos acontecimentos da ditadura militar e punir os responsáveis pelas violações aos direitos humanos, existirão sempre

²⁹ A INFLUÊNCIA do pensamento de Peter Häberle no STF. Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale. Professor Jeferson Botelho: temas jurídicos acadêmicos. 18 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.jefersonbotelho.com.br/2009/04/18/a-influencia-do-pensamento-de-peter-haberle-no-stf/>>. Acesso em: 15 abr2011.

denúncias e condenações por tribunais internacionais que o pressionarão para que seja realizada a correta justiça de transição.

Até hoje existem leis que tramitam no Congresso Nacional e tratam do sigilo de documentos. A reconstituição dos fatos do ocorrido na Guerrilha do Araguaia foi feita com base em depoimentos, testemunhos, histórias. A própria Comissão Especial dos Mortos e Desaparecidos Políticos admitiu isso.

Diversos países já criaram Comissões com o objetivo de elucidar o ocorrido em regimes anteriores, com pleno acesso aos documentos, como a Comissão da Verdade, na África do Sul, que teve como objetivo elucidar os crimes ocorridos durante o *Apartheid*. Independentemente do nome, enquanto esforços reais não forem empreendidos, por meio do acesso a todos os documentos da época, as discussões relativas à ditadura não terão fim. Nesse âmbito, encontra-se em discussão no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.376/2010 que cria a Comissão Nacional da Verdade, que tentará responder a essas questões, se aprovado.

Adicionalmente, torna-se mister mencionar, também, recente julgado do STF no qual os tratados internacionais de direitos humanos adquiriram status supralegal, ou seja, o julgado que pacificou a matéria acerca do nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados com base no §3º do artigo 5º da Constituição. Tais tratados possuem, atualmente, segundo entendimento majoritário do STF, status superior a toda a legislação infraconstitucional.

Em virtude disso, o dispositivo no Pacto de São José da Costa Rica que impedia a prisão civil do depositário infiel passou a ser respeitado, dado que toda a legislação que regulava a possibilidade desta prisão é infraconstitucional.

Ressalte-se que a supralegalidade acima evidenciada representa um avanço no que diz respeito à pacificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal relativo aos tratados de direitos humanos que não são e não foram aprovados com base no §3º do art. 5º da Constituição Federal.

Entretanto, percebe-se também que tal decisão representou um atraso para o Brasil, dado que ainda não se chegou à hermenêutica de que as normas internas e internacionais relativas aos direitos humanos representam um só texto, conforme consta das lições de Peter Haberle e conforme admitida possibilidade pelo próprio Brasil ao inserir o §3º no artigo 5º da Constituição Federal.

Portanto, não existe a possibilidade de prever se haverá a punição daqueles que violaram os direitos humanos nos crimes cometidos contra a Guerrilha do Araguaia. Ao que tudo indica a resposta é negativa. Isso porque a Suprema Corte brasileira ainda possui visão do Estado-nação e a soberania clássica, não se atentando ao fato de cada vez mais ocorrer a constitucionalização das normas internacionais.

Assim, tal condenação na Corte Interamericana representa a primeira condenação internacional pelos crimes cometidos (e não resolvidos) no contexto da ditadura militar. Contudo, enquanto não forem empreendidas ações concretas, tal condenação será a primeira de muitas outras, influenciando negativamente as aspirações brasileiras de se tornar líder regional e influenciando, também, seus discursos a favor dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ADPF. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153*. Sentença do dia 28 de abril de 2010. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>>. Acesso em: 22 jan2011.

ARNS, Paulo E. *Brasil: nunca mais*. São Paulo: Vozes, 2003. 32ª ed.

BARROS, Alberto R. G. *A República para Bodin*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.77.. p. 73-90. 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998,

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *Anistia: as leis internacionais e o caso Brasileiro*. São Paulo: Juruá Editora.

BEALEY, Frank. *Diccionario de Ciencia Política*. Trad: Raquel Vasquez Ramil. Madrid: Istmo, 2003.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala. España: Editorial Tecnos, 2006, 4 ed.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. 400p.

CARTA da Organização dos Estados Americanos. 13 de dezembro de 1951. Reformada pelo Protocolo de Buenos Aires em 1967, pelo Protocolo de Cartagena das Índias em 1985, pelo Protocolo de Washington em 1992, e pelo Protocolo de Manágua em 1993. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/carta.htm>>. Acesso em: 5 nov 2010.

CERVO, Amado Luiz. *Inserção internacional: formação dos conceitos brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório No. 91/08 (mérito), 11.552, Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*. Brasil, 31 de outubro de 2008, Apêndice 1, para. 215. Disponível em: <www.cidh.oas.org>. Acesso em: 1 nov 2010.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório de Admissibilidade nº 33/01 do caso n. 11.552 - Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*. 6 de março de 2001. Comissão Interamericana de Direitos humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/11552.htm>>. Acesso em: 1 nov 2010.

CONVENÇÃO AMERICANA de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 1 nov 2010.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. *Sentença*. 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=348>>. Acesso em: 12 jan 2011.

GIOVANNETTI, Andrea (org). *60 anos de declaração universal dos direitos humanos: conquistas do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009. 260p.

GÓIS, Ancelmo César Lins de ; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia Barros-Platiau. *Direito Internacional e globalização em face das questões de direitos humanos*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/globalizacao_dh/global_ancelmo.html>. Acesso em 1 nov 2010.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 162.

HERZ, Mônica; HOFFMANN, Andrea R. *Organizações internacionais: história e práticas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998.

MATTEUCCI, Nicola. *Soberania*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

MORAIS, Taís; SILVA, Eumano. *Operação araguaia: os arquivos secretos da guerrilha*. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: RPGE, 2002. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>>. Acesso em 1 nov 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004

RELATÓRIO que remete o caso à Corte Interamericana. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 26 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org>>. Acesso em: 1 nov 2010.

Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N. 3 (jan. / jun. 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODAS, João Grandino. *A publicidade dos tratados internacionais*. São Paulo: RT, 1980, p. 199-200.

SANTOS, Diogo P. Flores dos. *Imunidade de jurisdição das organizações internacionais e o estado constitucional cooperativo*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.18, n.71, abr/jun 2010. Pag. 293-327.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando: *Direito internacional público*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67-69.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 3ª ed.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. 3ª. ed., trad. por Waltensir Dutra, rev. téc. Fernando Henrique Cardoso, Rio de Janeiro, 1974.