

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS I**

CECILIA CABALLERO LOIS

DANIELA DA ROCHA BRANDAO

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Cecilia Caballero Lois, Daniela da Rocha Brandao, Samantha Ribeiro
Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-101-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional .
3. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder
Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

A obra Direito Internacional dos Direitos Humanos I é resultado do rico e intenso debate ocorrido no grupo de trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos I realizado no dia 12 de novembro de 2015 no XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais em Belo Horizonte. O grupo de trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos I vêm se consolidando, aos longos dos anos no estudo e na discussão dos temas referentes a proteção e aplicação dos direitos humanos.

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho são dotados de grande qualidade científica e complexidade, e abordam aspectos relevantes da interpretação, aplicação e garantia dos direitos humanos, bem como do conflito entre esses direitos e o ordenamento jurídico interno dos Países.

O debate sobre os artigos e ideias apresentadas foi bastante rico, intenso e proveitoso o que motivou a criação dessa obra que contempla os textos apresentados no grupo de trabalho, acrescidos das contribuições decorrentes da discussão realizada. A obra está dividida em quatro seções, levando-se em consideração os temas apresentados

Sobre a evolução histórica dos direitos humanos, Zaiden Geraige Neto e Kellen Cristine de Oliveira Costa Fernandes analisam analisar o conceito adequado do termo direitos humanos para identificar os direitos essenciais à pessoa humana, e conseqüentemente examinar também o valor supremo que o fundamenta, a dignidade da pessoa humana. A partir daí estudam o processo de evolução dos direitos humanos, passando pelas chamadas dimensões destes direitos. Ainda dentro do tema da constitucionalização dos direitos humanos, Fernanda Brusa Molino examina detidamente as relações entre direito nacional e internacional, sendo tratadas as teorias monista e dualista, a soberania, além da incorporação dos tratados internacionais pelas legislações nacionais, tratando primeiramente da formação e posterior incorporação dos tratados internacionais segundo a legislação brasileira.

Danielle Jacon Ayres Pinto e Elany Almeida de Souza propõem em seu artigo uma reflexão acerca do conceito de sociedade civil global e suas características enquanto instrumento na reivindicação da internacionalização dos direitos e na solução de conflitos. Já Sílvia Leiko

Nomizo e Bruno Augusto Pasion Catolino abordam o processo de justicialização do sistema interamericano através do mecanismo de petições, na forma direta, por meio de grupos ou indivíduos para os órgãos responsáveis, propondo uma reflexão a respeito das inovações, avanços e desafios contemporâneos de tal aparato de proteção dos direitos humanos, uma vez que o Brasil é signatário da maioria dos todos os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos. Contudo, de forma contraditória, a maciça adesão a tais documentos internacionais não reflete a uma evolução interna na proteção dos direitos humanos.

Os princípios orientadores da ONU e sua aplicação nas estratégias empresariais como forma de proteção dos direitos humanos é estudado por Bárbara Ryukiti Sanomiya e Fabiano Lopes de Moraes. Eles partem do pressuposto que as empresas têm cooperado para o desenvolvimento econômico, em contrapartida elas contribuem para um impacto negativo com graves violações aos direitos humanos comum em uma economia globalizada, desta forma as empresas precisam a proteção, e na não violação dos direitos humanos passa a fazer parte das estratégias empresariais.

Kelly Ribeiro Felix de Souza e Laercio Melo Martins fazem uma análise das correntes do pluralismo e do universalismo e, a partir de então, fazer uma crítica aos fundamentos modernos e também contemporâneos dos direitos humanos. De igual modo Ana Carolina Araujo Bracarense Costa procura em seu texto responder as seguintes indagações: ao julgar caso Gomes Lund e outros VS Brasil, quais foram os principais temas abordados pela CorteIDH que fez com que ela chegasse à conclusão de que a lei de anistia brasileira é inválida? Como se deu sua construção argumentativa, e quais foram suas principais fontes de embasamento normativo e jurisprudencial? Em suma, qual foi a racionalidade jurídica da Corte no julgamento desse caso?

Luiz Magno Pinto Bastos Junior e Rodrigo Miotto dos Santos em seu artigo verificam em que medida as hipóteses autorizadoras do julgamento de civis pela justiça militar da União compatibilizam-se com a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos confere ao disposto no art. 8, item 1, da Convenção, especificamente no que se refere às garantias da imparcialidade e da independência.

William Paiva Marques Júnior estuda em seu texto a consolidação do direito humano à paz no plano das relações internacionais, na medida em que se observa na contemporaneidade uma verdadeira exigência pela democratização das relações internacionais que perpassa indispensavelmente pela exigência da paz e cooperação fundadas na justiça equitativa,

solidariedade e igualdade das partes, mormente no que diz respeito ao modo e aos processos de tomada de decisões nos organismos relacionados à manutenção da paz e da segurança mundiais, principalmente com a atuação da ONU.

No que diz respeito ao direito das minorias, Alessandro Rahbani Aragão Feijó e Flavia Piva Almeida Leite analisam a relação entre o Brasil e a Argentina e a Convenção da ONU sobre o Direito da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, a fim de constatar, nos respectivos ordenamentos jurídicos, a influência, o modo de operacionalização e os efeitos produzidos por esse Tratado. Ainda dentro dessa temática Fernanda Holanda Fernandes aborda em seu texto a capacidade civil no direito brasileiro à luz da convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, objetivando verificar se a legislação pátria acerca da capacidade civil e do processo de interdição é condizente com a nova compreensão sobre a deficiência estabelecida pela Convenção de Nova York. No mesmo contexto, Ana Luisa Celino Coutinho e Antonio Albuquerque Toscano Filho examinam a garantia do status familiar e afetivo às pessoas com deficiência intelectual no Brasil à luz da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU. Eles buscam no estudo evidenciar o descaso e desrespeito por parte do Estado brasileiro e demais motivos determinantes para a inefetividade da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, delineando pressupostos viáveis de compatibilização do Código Civil Brasileiro aos seus termos, com vistas ao combate à discriminação e promover à efetivação do direito de as pessoas com deficiência intelectual se casarem e estabelecerem família.

Já Carmen Lucia Sarmiento Pimenta e Matusalém Gonçalves Pimenta levam a efeito um estudo na excepcionalidade da prisão civil visando analisar as teorias monista e dualista, o direito constitucional comparado no que toca ao tema, e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, máxime na esfera dos tratados sobre direitos humanos.

Helder Magevski De Amorim examina com acuidade quais são os limites da jurisdição nacional quando a questão debatida no processo diz respeito ao direito a alimentos. Ele propõe que o direito a alimentos é um direito fundamental e por isso merecedor de uma maior proteção, não se limitando àqueles oriundos do direito de família, mas também incluindo os direitos decorrentes de honorários advocatícios, verbas trabalhistas e indenizações em relacionadas à prática de ato ilícito.

No que diz respeito a violência contra a mulher Eduardo Daniel Lazarte Moron e Francisco Antonio Nieri Mattosinho em seu artigo discutem as consequências legais e dogmáticas da Lei n.º 13.104/2015 que acrescentou a qualificadora do feminicídio ao homicídio doloso. Em termos de direito comparado, fez-se uma análise das legislações no âmbito latino-americano

em relação ao tema. Já Marcia Nina Bernardes e Rodrigo De Souza Costa sistematizam as definições de violência contra mulher no âmbito internacional e as definições das vítimas da violência doméstica como violação de direito internacional. Igualmente focam na construção realizada no Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre a obrigação estatal de prevenir, especificamente, a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Juliana Giovanetti Pereira Da Silva e Lais Giovanetti estudam as migrações contemporâneas para o Brasil, com foco no fluxo, recente, de haitianos que ingressam pelo estado do Acre. Abordam as condições de ingresso destes imigrantes haitianos, sua vulnerabilidade e ações governamentais. Ana Paula Marques de Souza e Flávio Maria Leite Pinheiro, por sua vez, estudam o tema dos refugiados e deslocados ambientais. Atentam para o fato de que é necessário que se qualifique esses refugiados climáticos adequadamente. Já Anne Caroline Primo Avila e Thiago Giovani Romero abordam as migrações de haitianos para o Brasil após o terremoto de 2010 e a possível atribuição da sua condição de refugiado ambiental. Buscam um diálogo desta chamada nova categoria em relação ao sistema de tutela e proteção dos refugiados no âmbito internacional, de acordo com a Convenção dos Refugiados de 1951 e o Protocolo adicional sobre a mesma matéria de 1967.

Elisaide Trevisam e Marilu Aparecida Dicher Vieira Da Cunha Reimão Curraladas tratam do tema do refugio desde a sua tradição ao início de sua normatização. Para tanto se norteiam pela abordagem das principais características do processo evolutivo da responsabilidade de proteção aos refugiados e as suas especificidades no decorrer dos séculos, partindo da tradição religiosa de concessão de asilo até a culminação da Convenção Internacional Relativa aos Direitos dos Refugiados, nascida da realidade do pós Segunda Guerra Mundial.

Rickson Rios Figueira analisa as relações entre as abordagens tradicionais dos discursos de segurança do Estado-nação, o conceito e aplicação da segurança humana e o quadro normativo de direitos humanos estabelecido no âmbito das Nações Unidas, após a 2ª Guerra Mundial. Tanto a securitização, quanto a segurança humana e as normas de direitos humanos importam no tratamento do estrangeiro imigrante, em particular, o refugiado.

Fernanda de Magalhães Dias Frinhani examina o Tráfico de Pessoas, problematizando o fenômeno como um problema que envolve tanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos quanto o Direito Interno. Além de trazer o conceito e o histórico desta prática criminosa, o trabalho levanta algumas polêmicas necessariamente atreladas ao tráfico de seres humanos: o poder econômico como um fator que favorece sua prática, quem são as

vítimas do tráfico de pessoas, vulnerabilidades que tornam os indivíduos mais suscetíveis à violação de direitos e por fim, tratamos da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Gleyce Anne Cardoso estuda o tráfico de pessoas que é uma realidade à qual milhares de pessoas estão sujeitas ao redor do mundo levando a efeito uma reflexão sobre o crime de tráfico de pessoas, os Direitos humanos violados por este fenômeno e os instrumentos de prevenção e repressão ao crime. A pesquisa possui um caráter bibliográfico. A justificativa do tema se dá pela relevância social e por afrontar Direitos Fundamentais. Keyla Cristina Farias Dos Santos apresenta a democratização global para a proteção de minorias, através da promoção global dos Direitos Humanos, com o objetivo de se atingir a igualdade real, ou pelo menos, reduzir as desigualdades de fato existente.

Joao Paulo Carneiro Goncalves Ledo estuda a proteção internacional do direito humano ao meio ambiente sadio, com uma visão critica de seus avanços e retrocessos, na medida em que um dos grandes, senão o maior desafio da humanidade na atualidade é enfrentar a crise ecológica que coloca em cheque a existência da espécie humana na terra. Emanuel de Melo Ferreira trata do impacto das secas nos direitos humanos e o papel do ministério público federal a partir da convenção de combate à desertificação da ONU, buscando desenvolver a ideia acerca da necessidade de convivência das populações diretamente afetadas pelas secas com tal fenômeno.

André Filipe Loureiro e Silva analisa o direito do trabalho como direito humano e a sua consequente internacionalização, sendo utilizado o método de revisão bibliográfica, selecionando-se as obras mais relevantes sobre o tema. Inicialmente é feita uma breve reflexão sobre a necessidade e importância dos direitos humanos, como os direitos trabalhistas se encaixariam nesta categoria, bem como a diferença entre direitos humanos e fundamentais.

Monique Fernandes Santos Matos trata da importância do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos para o progresso na implementação dos direitos humanos sociais trabalhistas no continente americano. Em especial, aborda questões relacionadas ao tema da responsabilidade internacional de Estados violadores de direitos humanos dos trabalhadores

Por fim, Jesrael Batista Da Silva Filho e Adelita Aparecida Podadera Bechelani Bragato estudam com profundidade os reflexos dos ataques terroristas aos Estados Unidos da América para os direitos humanos fundamentais do século XXI. Enfrentam o questionamento

acerca de como o Estados deve agir sem que violar os direitos fundamentais tem se revelado sua importância, haja vista seu desrespeito por aqueles grupos terroristas, tornando a guerra contra o terror extremamente desigual, desumana e desleal para o agentes do Estado.

Temos a certeza que a obra será de grande valia para todos aqueles que se interessam sobre os debates referentes ao tema.

Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Profa. Dra. Daniela da Rocha Brandão

Profa. Dra. Cecilia Caballero Lois

A RACIONALIDADE JURÍDICA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMES LUND E OUTROS VS BRASIL

THE LEGAL REASONING OF THE INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE GOMES LUND AND OTHERS VS BRAZIL CASE .

Ana Carolina Araujo Bracarense Costa

Resumo

Mesmo após trinta anos de consolidação democrática no Brasil o tema da justiça de transição ainda faz parte do nosso debate jurídico. Atualmente vive-se uma insegurança jurídica quanto à validade da lei de anistia brasileira, uma vez que o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) julgaram a questão em sentidos opostos. Almejando contribuir para esse debate, tendo como objeto a decisão da CorteIDH, o presente artigo busca responder aos seguintes questionamentos: Ao julgar caso Gomes Lund e outros vs Brasil, quais foram os principais temas abordados pela CorteIDH que fez com que ela chegasse à conclusão de que a lei de anistia brasileira é inválida? Como se deu sua construção argumentativa, e quais foram suas principais fontes de embasamento normativo e jurisprudencial? Em suma, qual foi a racionalidade jurídica da Corte no julgamento desse caso? Para responder a essas perguntas de pesquisa buscou-se levantar indutivamente as principais questões abordadas na sentença e problematizar a responsabilidade do Brasil em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Caso gomes lund e outros vs brasil, Anistia, Corte interamericana de direitos humanos, Racionalidade jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

Even after thirty years of continuous struggles to consolidate Brazilian democracy, the subject of transitional justice still remains alit in our legal debate. Currently we face a juridical insecurity regarding the validity of the Brazilian amnesty law, since the Brazilian Supreme Court (STF) and the Interamerican Court of Human Rights (ICourtHR), when analyzing this subject, have reached completely opposite decisions. In order to contribute with this debate this paper aims to answer the following questions: When rendering a decision in the Gomes Lund and others vs Brazil Case, which were the main subjects covered by the ICourtHR that led to the conclusion of invalidity of the Brazilian amnesty law? How did they structure their arguments? Which were the sources of precedents and legislation used by the Court? To sum up, which was the legal reasoning of the Court when judging this case? In order to answer those questions the research, using an inductive method, chose the main subjects stated by the decision and problematized the Brazilian liability in the Interamerican Human Rights System.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Gomes Lund and others vs Brazil case, Amnesty, Interamerican court of human rights, Legal reasoning

INTRODUÇÃO

A Ditadura Militar brasileira representou um retrocesso para o desenvolvimento do Brasil, principalmente no que tange à expansão e aprimoramento de direitos fundamentais. Esse período sombrio da nossa história reduziu profundamente diversas liberdades, limitando principalmente a possibilidade de expressões políticas e ideológicas contrárias ao regime. Tratou-se de uma época fortemente repressiva em que a falta de livre-arbítrio era regra e aqueles que lutavam em busca de democracia eram marginalizados da vida política das mais diversas formas (de maneira explícita, formalmente, ou por meio de artifícios obscuros).

Em meio à opressão político-ideológica, travaram-se diversas disputas entre opositores à ditadura e seus defensores. Tais embates ocorreram tanto por meio do discurso, e manifestações públicas, quanto por meio de confronto armado (nas zonas rurais e urbanas do país). Durante as lutas armadas cometeram-se vários crimes, em ambos os lados – opositores políticos e militares representantes do regime –, crimes esses que em momento algum do período de exceção perderam sua validade jurídica e sancionatória. Uma ressalva vê-se necessária nesse ponto, a ditadura também cometeu crimes contra os que lutavam pela democracia por meios pacíficos.

No ano de 1979, ainda sob governo militar, por meio da promulgação da lei de anistia, um importante passo foi dado para a reabertura democrática do país. Originalmente essa lei almejava perdoar somente os crimes políticos cometidos por opositores ao Regime, sendo intensamente defendida por múltiplos personagens da sociedade civil (dentre eles a OAB, CNBB, estudantes, jornalistas, professores universitários, membros do partido comunista, entre outros). No entanto, durante o processo de negociação no Congresso, definiu-se que a anistia abarcada na lei alcançaria também os militares e agentes públicos que cometeram crimes comuns, com motivação política, contra os até então denominados, pela propaganda do governo, “subversivos”¹. Esse formato de anistia não correspondia à expectativa da maioria daqueles que sofreram com a violenta repressão armada do aparato civil e militar do período ditatorial, todavia é indubitável o fato de que a sua promulgação foi decisiva para o processo de transição e instauração da democracia no Brasil.

Os crimes cometidos por alguns agentes públicos da época são considerados crimes contra a humanidade e sendo juridicamente diferentes dos crimes políticos cometidos pela oposição. Essa diferenciação é clara na redação da lei, pois vê-se que a anistia foi dada a dois tipos de crimes, os puramente políticos e os crimes comuns conexos – sendo esses relacionados

¹ O presente artigo não tem como objeto fazer uma retomada da história que desencadeou a edição da lei de anistia. Uma análise dos fatores históricos, que levaram à lei de anistia, aparece na tese: GRECO, 2003.

a crimes políticos ou com motivação política, como o próprio parágrafo primeiro da lei especifica:

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

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (GRIFO MEU, Lei nº 6.683/79)

Em 2010, trinta e um anos após a promulgação dessa norma, dois tribunais superiores, um de âmbito nacional (Supremo Tribunal Federal - STF) e outro de âmbito internacional (Corte Interamericana de Direitos Humanos - CorteIDH), julgaram a validade dessa norma a partir das matrizes normativas que os vinculavam. Essas duas decisões são cruciais para que se compreenda a situação atual que o Brasil encontra-se tendo em vista sua justiça de transição.

Os dois processos e julgamentos correram paralelamente. Apesar de não tratarem especificamente do mesmo assunto, devendo o STF julgar a constitucionalidade da interpretação do parágrafo primeiro do artigo primeiro da lei de anistia e a CorteIDH analisar as violações de direitos humanos ocorridas no Araguaia durante o período ditatorial, há um ponto comum que ambos tinham que decidir: a validade da lei de anistia e o que sua manutenção no ordenamento jurídico brasileiro representaria.

As duas Cortes julgaram em sentidos completamente opostos. O STF decidiu por maioria de sete a dois pela constitucionalidade da norma e a CorteIDH decidiu por unanimidade que essa lei viola os princípios e normas de direitos humanos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. É importante esclarecer que apesar das cortes aparentemente terem julgando a partir de parâmetros normativos diferentes, as duas estão submetidas à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), como será possível verificar mais adiante.

Essas duas decisões, de cortes superiores, em sentidos antagônicos acabarem por gerar uma insegurança jurídica no Brasil, visto que atualmente, nos tribunais de primeira instância, é possível argumentar para os dois lados usando os precedentes e construções argumentativas dessas sentenças, ambas de peso, para o sistema judiciário brasileiro². É por conta dessa

² Atualmente há diversas ações propostas pelo Ministério Público Federal perante agentes militares que violaram os direitos humanos durante o regime repressivo, esse movimento respalda-se na sentença da CorteIDH, buscando garantir o seu cumprimento. Entretanto há também, por parte de alguns juízes de primeira instância, certa tendência em afastar essas

insegurança que até hoje, 2015, o Estado brasileiro não cumpriu plenamente as recomendações presentes na sentença da CorteIDH, assim como, não assumiu a responsabilidade por não ter punido agentes que violaram os direitos humanos durante o período ditatorial.

Apresentado o cenário em que se encontra o Brasil no que tange a discussão da sua justiça de transição, passa-se agora para o que se pretende abordar nesse artigo.

O Presente artigo busca dar uma contribuição no sentido de organizar e expor os argumentos que compõe a racionalidade jurídica³ da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a não validade da lei de anistia. Busca-se demonstrar aqui quais foram os principais temas levantados por essa Corte e como se deu sua construção argumentativa no sentido de tecer fortes críticas ao Brasil por ter mantido tal norma no sistema interno por tanto tempo. A síntese da pergunta de pesquisa desse artigo seria: Quais foram os principais assuntos abordados pela CorteIDH que fez com que ela chegasse à conclusão de que a lei de anistia brasileira é inválida? Como se deu sua construção argumentativa, e quais foram suas principais fontes de embasamento normativo e jurisprudencial?

Almeja-se com essa sistematização frisar as normas e princípios do sistema interamericano que não foram, nem estão sendo, cumpridos pelo Estado brasileiro, buscando problematizar a forma com que o país enfrenta questões referentes ao respeito pelos direitos humanos das vítimas dos crimes cometidos durante a ditadura.

O artigo está dividido em quatro itens. Os dois primeiros buscam contextualizar a decisão aqui analisada já explanando a importância do sistema interamericano de direitos humanos para discutir questões internas. Os dois últimos debruçam-se especificamente sobre a sentença, levantando-se os principais temas trazidos por ela e por fim analisando a construção dessa racionalidade jurídica. A exposição dos temas principais que compõe a razão de decidir da corte, assim como método utilizado para o levantamento dos mesmos será apresentada no item III do artigo (Questões discutidas no julgamento do caso Gomes Lund e outros vs Brasil). A descrição que será apresentada nesses dois itens finais do artigo referente à forma com que a CorteIDH se posicionou quanto a lei de anistia brasileira já demonstra por si só a maneira com que o Estado brasileiro vem se colocando em relação ao cumprimento das normas internacionais referentes a leis de anistia.

denúncias, afirmando que os acusados foram anistiados, e segundo a jurisprudência do STF a lei de anistia é constitucional e permanece em vigor no país.

³ Entende-se por racionalidade jurídica, a combinação dos argumentos que compõem a *ratio decidendi* e *obiter dictum* de uma decisão jurídica, sendo que a *ratio decidendi* é composta pelos fundamentos definitivos e amplos de uma decisão, que por serem gerais poderão ser utilizados como precedentes de casos futuros, já *obiter dictum* são argumentos auxiliares a esses gerais, que dizem respeito a questões do caso concreto em discussão.

I. INTERNALIZAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO

Desde 1948 a Organização dos Estados Americanos⁴ (OEA) preocupa-se com a questão da necessidade de salvaguardar os direitos humanos dos cidadãos americanos. Foi em maio desse mesmo ano, nos momentos finais da segunda guerra mundial, que os membros da OEA aprovaram, em Bogotá, Colômbia, a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem. A partir de tal ato, a Organização, em busca da efetiva proteção dos direitos humanos, instituiu dois órgãos – Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) – ambos com a competência de investigar violações a tais direitos. A CIDH iniciou suas funções no ano de 1960, porém a Corte só se estabeleceu após a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No ano de 1969 houve, em São José da Costa Rica, a celebração da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Nela foi acordada e redigida, pelos delegados dos Estados membros da OEA, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica), que só entrou em vigor no dia 18 de Julho de 1979⁵. Tal Convenção simbolizava o auge do debate quanto à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, tratou-se da formalização de normas que buscam salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos americanos. No mesmo ano a CorteIDH se instalou em São José da Costa Rica, e começou a exercer a sua função de julgar os casos propostos conforme o estabelecido pela Convenção.

No dia 25 de setembro de 1992 o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e em 10 de dezembro de 1998 aceitou a competência da CorteIDH.

E, ao reconhecer a competência da Corte Interamericana, o Estado brasileiro declarou reconhecê-la como obrigatória, de pleno direito e por tempo indeterminado, em todos os casos relacionados com a interpretação ou a aplicação da Convenção Americana, conforme o artigo 62 deste documento, sob condição de reciprocidade e para fatos posteriores a tal declaração.” (GASPAROTO, GASPAROTO e VIEIRA, 2010).

Assim, percebe-se que, no momento em que o país ratificou o tratado internacional, a Convenção Americana de Direitos Humanos tornou-se norma vigente e, portanto, aplicável em todo território brasileiro. Ao incorporar tal regulamento ao corpo legal nacional, o país

⁴ Para mais informações sobre a Organização dos Estados Americanos acesse: <http://www.oas.org/pt/>

⁵ Nessa data vinte e cinco nações americanas haviam ratificado ou aderido à Convenção, sendo elas: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

demonstrou ter ciência da importância dos direitos salvaguardados pela Convenção, mostrando-se disposto a fazê-los cumprir em seu território. Nesse momento, o Brasil aceitou também a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH).

Tratados internacionais em geral tem força de lei ordinária, isso porque, segundo art.102, inciso III, alínea b, o STF pode declarar a inconstitucionalidade de um tratado e, conseqüentemente, destituí-lo⁷. No entanto, a Constituição Federal prevê uma exceção a essa regra, disciplinando no art.5º, § 3º (incorporado pela Emenda Constitucional nº45 de 2004), que tratados internacionais referentes a direitos humanos possuem força constitucional.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (GRIFO MEU, Constituição Federal/88).

O § 3º foi introduzido à Constituição por meio da Emenda Constitucional número 45 de 2004. Entretanto, o pacto de San Jose da Costa Rica, como já dito anteriormente, foi aceito pelo Estado brasileiro em 1992. Diversas vertentes foram defendidas quanto à posição hierárquica desse tratado internacional no ordenamento brasileiro. Segundo Celso Lafer⁹ e Flávia Piovesan, os tratados de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988 tem caráter constitucional (LAFER, 2005), vez que seu conteúdo tem compatibilidade material com os direitos fundamentais e princípios constitucionais, aplicar-se-iam, portanto, os §1 e 2 do art.5º da Constituição.

Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §§1º e 2º - apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa. (PIOVESAN, 2003).

No mesmo sentido encontra-se o posicionamento do ex-ministro do STF, Celso de Mello, que defendeu a qualificação constitucional da Convenção, ao proferir seu voto pela

⁷ Segundo Ana Lúcia Jayme Gasparoto, Wanderley Gasparoto e Oscar Vilhena Vieira: “cabe recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado (PIOVESAN, 1998, p. 37). O Supremo Tribunal Federal entende que os tratados internacionais devem ser incorporados ao direito brasileiro como normas ordinárias.”.

⁹ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Editora Manole. 2005.

inconstitucionalidade da prisão civil de depositário infiel, no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 349703 e 466343 e no Habeas Corpus (HC) 87585.

Reconheço (...) que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade. (GRIFO MEU, MELLO, Voto HABEAS CORPUS 87.585-8).

No entanto, seu posicionamento foi vencido no STF. O entendimento prevalecente no Supremo foi aquele defendido pelo ministro Gilmar Mendes, que enquadrou os tratados de direitos humanos anteriores à Emenda 45/04 como supralegais, porém infraconstitucionais.

os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (MENDES, RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1).

De qualquer modo, o que se percebe desse debate é que o Brasil reconhece a importância de submeter-se a um conjunto de regras (normas estipuladas pelo Pacto de San José da Costa Rica) e princípios (tanto princípios constitucionais quanto os princípios da OEA), cujo fim comum seja a salvaguarda dos direitos humanos fundamentais dos cidadãos.

Nota-se, portanto, que as decisões proferidas pela CorteIDH concernentes a violações de direitos humanos ocorridos no Estado brasileiro não podem ser relevadas e merecem a mesma atenção dada às sentenças proferidas pelos tribunais superiores locais. Sendo assim, vê-se necessário salientar que o presente artigo se preocupa em expor aquilo definido pela CorteIDH, quanto a validade da lei de anistia, uma vez que até o presente momento não houve o adequado cumprimento da sentença, como já mencionado na introdução.

II. CONTEXTO PROCESSUAL DO CASO GOMES LUND E OUTROS VS BRASIL.

Em sete de agosto de 1995, o Centro de Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a Human Rights Watch/Americas¹³ apresentaram petição, em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e seus familiares, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), alegando:

¹³ Posteriormente acompanhados pela Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo (CFMDP/SP), Grupo Tortura Nunca Mais e a senhora Angela Harkavy.

Desaparecimento de membros da Guerrilha do Araguaia entre 1972 e 1975 e falta de investigação desses fatos pelo Estado desde então. Julia Gomes Lund e outras 21 pessoas foram presumivelmente mortas durante as operações militares ocorridas na Região do Araguaia, sul do Pará. Desde 1982 familiares destas 22 pessoas tentam, por meio de uma ação na Justiça Federal, obter informações sobre as circunstâncias do desaparecimento e morte dos guerrilheiros, bem como a recuperação dos corpos. (CASOS CONTRA O BRASIL PERANTE A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS)

A partir dessa petição a CIDH expediu, no dia seis de março de 2001, um Relatório de Admissibilidade que continha as obrigações que deveriam ser cumpridas pelo Estado brasileiro. Tal relatório foi encaminhado ao Brasil em 21 de novembro de 2008, tendo o Estado um prazo de dois meses para informar à CIDH quais medidas seriam tomadas.

Na data de 26 de março de 2009, a CIDH submeteu à CorteIDH uma demanda contra o Estado brasileiro, uma vez que se deparou com o não cumprimento de suas recomendações. A Comissão considerava que tal demanda representava:

(...) uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a conseqüente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos. (GRIFO MEU, CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 3).

Nesse documento a CIDH deixou clara a relação entre a lei de anistia nº6.683/79 e o não cumprimento do relatório por parte do Estado brasileiro. A Comissão entende que o Brasil é responsável por diversas violações aos direitos humanos estabelecidos pela Convenção de San José da Costa Rica¹⁶, e acusa o país da seguinte maneira:

em virtude da Lei No". 6.683/79 [...], o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva [...]; porque os recursos judiciais de natureza civil, com vistas a obter informações sobre os fatos, não foram efetivos para assegurar aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso a informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada. (GRIFO MEU, CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 4)

¹⁶ A Comissão solicitou ao Tribunal que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. (CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 3)

Com base nos argumentos propostos pela Comissão, as alegações de defesa do Estado brasileiro e as intervenções dos *amicus curiae*¹⁸, a CorteIDH, em sua sentença, combinada com o voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas, decidiu por condenar o país pelas violações: (i) desaparecimento forçado e os direitos violados das 62 pessoas desaparecidas; (ii) aplicação da lei da anistia como empecilho à investigação, julgamento e punição dos crimes; (iii) ineficácia das ações judiciais não penais; (iv) falta de acesso à informação sobre o ocorrido com as vítimas desaparecidas e executadas e (v) falta de acesso à justiça, à verdade e à informação.

III. QUESTÕES DISCUTIDAS NO JULGAMENTO DO CASO GOMES LUND E OUTROS VS BRASIL

No caso Gomes Lund e outros vs Brasil a Corte Interamericana de Direitos Humanos debruçou-se sobre um pedido de responsabilização do Estado Brasileiro em relação às violações ocorridas durante a guerrilha do Araguaia, seu objetivo era sanar as violações do Estado em relação as famílias dos desaparecidos – como já apresentado na contextualização do processo.

É importante perceber que a CorteIDH não tinha como único foco a análise da validade da lei de anistia. Foi possível notar que, além dessa preocupação, o Tribunal também apreciou questões como: (i) a falta de acesso aos documentos da época da guerrilha; (ii) a incompleta indenização de danos morais para os familiares; (iii) a falta de cuidados do Estado em relação a danos psicológicos causados por conta das violações ocorridas no Araguaia e (iv) a pouca e ineficaz busca pela verdade dos fatos. Todas essas questões são extremamente relevantes para que se reflita sobre diversos direitos humanos que veem sendo violados. Entretanto, como já apresentado na introdução, o presente artigo procura compreender a posição da Corte em relação à validade da lei de anistia brasileira tendo em vista o sistema normativo da OEA.

Cabe destacar que a sentença da CorteIDH não é composta por um conjunto de votações dos juízes, mas sim, trata-se do resultado de um debate expresso por uma redação única – nesse caso a fundamentação da decisão deu-se de forma unânime, sem posicionamentos dissidentes. Além dessa redação, foi apresentado, ao final da decisão, o voto fundamentado do juiz *ad hoc*²⁰, que concordou com os argumentos apresentados pela Corte.

¹⁸ O presente artigo não abordará os documentos e posições dos *amicus curiae*, porém um interessante estudo fez isso: JENSEN *et al.*, 2010.

²⁰ No caso Gomes Lund e Outros vs Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos contou com a presença de do juiz *ad hoc* Roberto Figueiredo Caldas. Esse juiz não faz parte do corpo de juízes da Corte, ele foi convidado somente para dar seu entendimento sobre esse caso específico. Em 2012, Caldas tornou-se juiz permanente da CorteIDH, caso tenha interesse em ler sobre o juiz, acesse: <http://www.oab.org.br/noticia/23985/caldas-e-eleito-juiz-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos>

Nesse sentido, procurou-se fazer um levantamento indutivo, ou seja, a partir da leitura da própria decisão, dos principais temas abordados pela Corte que a levaram ao seu veredito final. Chegou-se a seis grupos de temas que embasaram a argumentação da CorteIDH sobre a Lei de Anistia: a) Irretroatividade de leis penais; b) Imprescritibilidade de crimes que violem os direitos humanos; c) Controle de Convencionalidade (Inadequação do Direito Interno); d) A Lei representaria um obstáculo para averiguar a verdade; e) Posicionamento do Direito Internacional; f) Posicionamento de Supremas Cortes de países americanos.

Além desses seis grupos temáticos destacou-se também as duas principais fontes utilizadas pela Corte para demonstrar a inadequação da lei da anistia com o ordenamento normativo e jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Sendo assim, optou-se por observar quando a sentença mencionou g) a jurisprudência do Sistema Interamericano, e quando analisou h) a violação expressa de artigos específicos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Esses dois grupos não podem ser vistos como temas por si só, visto que eles permearam toda a construção argumentativa da decisão, inclusive àquela referente aos grupos temáticos acima apontados. A seguir buscou-se demonstrar o tratamento dado pela Corte a esses temas na fundamentação de sua sentença.

a) Irretroatividade de leis penais.

Uma das alegações do Estado brasileiro no caso Gomes Lund e outros vs Brasil foi a defesa de que lei penais não podem retroagir se não em favor do réu. Para sustentar essa argumentação, o Estado afirmou que dois importantes princípios de direitos humanos, definidos pelo próprio pacto de São José da Costa Rica, são a legalidade e a irretroatividade; devendo eles serem levados em consideração pela CorteIDH.

Nesse ponto, a Corte foi sucinta ao afirmar que o crime central discutido pela presente sentença era o de desaparecimento forçado dos guerrilheiros do Araguaia. Isso significa que, nesse caso, sequer seria necessário pensar em retroatividade da norma, uma vez que, pelo seu caráter continuado, tais crimes ainda estariam em curso, sendo inaplicável a lei de anistia, visto que ela só geraria efeitos para crimes que ocorreram até o dia 15 de agosto de 1979. Dessa forma, para a CorteIDH, a legislação penal atual poderia ser utilizada para punir os responsáveis por esse crime de lesa-humanidade²¹.

21 “com respeito à suposta afetação ao princípio de legalidade e irretroatividade, a Corte já ressaltou (pars. 110 e 121 supra) que o desaparecimento forçado constitui um delito de caráter contínuo ou permanente, cujos efeitos não cessam enquanto não se estabeleça a sorte ou o paradeiro das vítimas e sua identidade seja determinada, motivo pelos quais os efeitos do ilícito internacional em questão continuam a atualizar-se. Portanto, o Tribunal observa que, em todo caso, não haveria uma aplicação retroativa do delito de desaparecimento forçado porque os fatos do presente caso, que a aplicação da Lei de Anistia deixa na

É importante colocar aqui qual a definição trazida pela CorteIDH para caracterizar crime de desaparecimento forçado. Esse é o principal crime analisado pela Corte, e aparecerá em todos os grupos elencados nesse artigo (mais a diante, será possível observar a maneira com que outras cortes internacionais e instituições internacionais tratam tal violação).

No capítulo da sentença “Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade e à liberdades pessoais”, a Corte aborda no item C. “o desaparecimento forçado como violação múltipla e continuada de direitos humanos e os deveres de direito e garantia” de modo geral e abstrato e no item D. procura focar como o crime ocorreu no caso específico do Araguaia, apontando “o desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha do Araguaia”. A conceituação utilizada na Sentença em questão é aquela contida na Convenção Interamericana sobre desaparecimento forçado de pessoas:

Essa Convenção estabelece que: “entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com a autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes” (GRIFO MEU, CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 38)

A partir dessa definição os juízes desenvolvem a argumentação de que o ato de desaparecimento “permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade” (CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 38). Afirmou-se que é assentado o entendimento internacional de que esse tipo de crime configura grave violação de direitos humanos, visto que afeta diretamente os direitos à liberdade pessoal, à integridade pessoal, à vida e à personalidade jurídica; além de, em caso de morte do desaparecido, priva os familiares da vítima do direito de sepultamento de um ente da família, o que pode gerar consequências psicológicas imensuráveis.

Por fim, ainda no que tange ao desaparecimento forçado, a CorteIDH sustentou que sempre que houver a suspeita desse tipo de crime, é responsabilidade do Estado a investigação para averiguação dos fatos, frisando que “o Estado deve garantir que nenhum obstáculo normativo e de outra índole impeça a investigação, e se for o caso, a punição dos responsáveis”. Nessa última afirmação, infere-se que a Corte esteja fazendo referência à lei de anistia e ao processo da ADPF153 que na época havia acabado de ser julgado pelo STF.

impunidade, transcendem o âmbito temporal dessa norma em função do caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado.” (GRIFO MEU, CorteIDH, Caso Gomes Lund e Outros vs Brasil. P.66 e 67).

b) Imprescritibilidade de crimes que violem os direitos humanos

Uma das alegações do Estado brasileiro referia-se ao instituto da prescrição. Afirmou-se que os crimes perdoados pela lei de anistia já estariam prescritos – no ano que ocorreu o julgamento perante CorteIDH, 2010. Sendo assim, independentemente da existência ou não da lei de anistia, esse instituto do direito penal impediria que ocorresse o julgamento dos crimes. Além disso, alegou-se que, no direito brasileiro, os únicos crimes imprescritíveis, segundo a Constituição Federal, seriam racismo e à ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

A partir dessa provocação feita pelo Estado brasileiro a CorteIDH reiterou seu entendimento sobre o instituto da prescrição em casos de crimes que violam os direitos humanos. Afirmou que os crimes em questão, tais quais, tortura, desaparecimento forçado, estupro, sequestro, dentre outras, seriam violações contra os direitos humanos defendidos pelo Sistema Interamericano não passíveis nem de prescrição nem de perdão. Isso porque esses dois instrumentos legais impediriam a investigação e punição dos responsáveis²⁵.

A partir do desenvolvimento desse argumento, já ao final da Sentença, a Corte indicou ao Estado brasileiro que adotasse medidas para que esses mecanismos do direito interno não viessem a impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações a direitos humanos.

c) Controle de Convencionalidade e Inadequação do Direito Interno

A CorteIDH demonstrou de maneira explícita quais foram as violações do Estado brasileiro, perante a Convenção Americana de Direitos Humanos²⁷, ao continuar aplicando a lei de anistia. Por esse motivo foi enfatizada na sentença a falta de adequação do direito interno brasileiro em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, a Corte também ressaltou que as autoridades e organismos internos tem o dever de fazer cumprir as normas da Convenção Americana.

Segundo a sentença cabe ao judiciário brasileiro exercer de ofício o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana. Isso significa que, além de fazer cumprir as normas positivadas no tratado internacional, o judiciário deve também

25 “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.” CorteIDH, Caso Gomes Lund e Outros vs Brasil p.64

²⁷ Observar item g) referente à Incompatibilidade da lei de anistia com as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

respeitar as decisões e jurisprudência da CorteIDH como intérprete dessas normas. Na decisão defendeu-se que o judiciário brasileiro não cumpriu com o seu dever internacional, visto que o próprio Supremo Tribunal Federal entendeu na decisão da ADPF 153 ser válida, constitucional e aplicável a lei de anistia:

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. (GRIFO MEU, CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 66)

Por fim, a Corte recorreu à Convenção de Viena sobre direitos dos tratados de 1969, ressaltando que os Estados não podem descumprir obrigações internacionais por conta de questões de ordem interna – como ocorre no caso em questão: a existência de uma lei de anistia que perdoa crimes de lesa-humanidade cometidos por agentes públicos de um governo ditatorial.

É importante ressaltar que a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos criticou direta e duramente a decisão da ADPF 153, visto que essa reafirmou a constitucionalidade de uma lei contrária aos princípios do Pacto de São José da Costa Rica. Além disso, cabe lembrar que os dois processos, tanto a ADPF 153 quanto o caso Gomes Lund e outros vs Brasil, correm concomitantemente, o que significa que os ministros do STF tinham ciência do fato de que a questão discutida por eles quanto a validade da lei de anistia também estava sendo discutida no âmbito internacional pela CorteIDH.

Por fim, ainda no que tange ao controle de convencionalidade, cabe mencionar que o crime de desaparecimento forçado, que embasa toda a argumentação da CorteIDH, e faz parte do rol de crimes de lesa a humanidade da Convenção, sequer foi tipificado no direito brasileiro. Percebe-se aí novamente uma não internalização do tratado no direito interno, sendo possível somente fazer um esforço para equiparar o desaparecimento forçado com os crimes de sequestro e ocultação de cadáver – esses sim presentes no Código Penal. Ainda, vale retomar que, como mencionado no item anterior, segundo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos diversos crimes de lesa humanidade não podem ser passíveis de prescrição nem de anistia, porém mesmo assim no sistema interno brasileiro não regulamentação que abranja toda essa gama de crimes (sendo imprescritíveis somente os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e não susceptível de graça ou

anistia: tortura , o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos).

d) A Lei de Anistia representaria um obstáculo para averiguar a verdade

Grande parte da sentença da CorteIDH abordou a questão de necessidade de averiguação da verdade dos acontecimentos no período da guerrilha do Araguaia. Esse ponto apareceu de três formas na decisão e a Corte apresentou algumas recomendações ao Brasil para que o Estado fizesse com que se cumpra o art. 13 da Convenção Americana que estabelece o direito a busca e recebimento de informações.

- i) Primeiramente, vê-se na decisão o descontentamento da Corte em relação a não abertura dos arquivos que contém documentos relacionados aos crimes de lesa-humanidade cometidos durante a guerrilha do Araguaia. Uma de suas recomendações foi de que o Estado se esforçasse para tornar públicos tais documentos e procurasse reconstruir, a partir deles e de outros meios, a verdade histórica do caso Araguaia.
- ii) Em segundo lugar, a Corte analisou a Comissão da Verdade e observou as leis de acesso à informação na Nação e outras iniciativas do Estado brasileiro para a busca da história desse período. Na sentença, a Corte posicionou-se favoravelmente à iniciativa brasileira de esclarecer os fatos por meio da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, a Comissão Interministerial e pela criação do arquivo Memórias Reveladas. Ainda, quanto à Comissão da Verdade, destacou sua importância para a reconstrução histórica, afirmando que essa comissão é crucial para a preservação da memória dos acontecimentos. Ressalvou, no entanto, que ao implementá-la, o Estado deve observar os requisitos de independência, idoneidade e transparência na seleção de seus membros.
- iii) Por fim, fez-se, na sentença, uma construção dos meios de averiguar a verdade. Para a Corte, o processo jurisdicional é uma forma legítima de alcançar tal objetivo, ou seja, a verdade também pode ser descoberta por meio de ações penais que investiguem, encontrem e punam reesponsáveis pelos crimes.

A Corte reconheceu que o direito dos familiares de vítimas de graves violações de direitos humanos de conhecer a verdade está compreendido no direito de acesso à justiça. A Corte também considerou a obrigação de investigar como uma forma de reparação, ante a necessidade de remediar a violação do direito de conhecer a verdade no caso concreto. (GRIFO MEU, CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 77)

É nesse ponto que a lei de anistia aparece como um obstáculo para averiguar a verdade, visto que impede o acesso à justiça por parte das vítimas e dos seus familiares. Já nas suas declarações finais a Corte explicitamente afirmou que “As disposições da lei de Anistia

brasileira (...) não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso” (CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 114)

Deve-se ressaltar aqui que apesar da Corte ter mostrado entusiasmo em relação à criação de uma Comissão da Verdade, ela procurou deixar claro que esse movimento não é o suficiente para uma reconstrução plena e completa dos acontecimentos. Foi explicitado na sentença que a criação da Comissão da Verdade deveria acontecer conjuntamente com o desenvolvimento de processos judiciais penais, destacando que as atividades devolvidas por ela “não substituem a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, através dos processos judiciais penais.” (CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 107)

e) Posicionamento do Direito Internacional

Para demonstrar que a lei de anistia brasileira não pode ser considerada válida para o direito internacional a Corte elencou alguns posicionamentos de outras Cortes internacionais e de diferentes órgãos da Organização das Nações Unidas (ONU).

i. Sistemas e Cortes internacionais de Direitos Humanos:

A CorteIDH começou pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos, lembrando que a Corte Europeia entende que no caso de violações do direito à vida ou à integridade física – o que ocorre em crimes de desaparecimento forçado – deve o Estado Parte responsável, além de pagar a devida indenização, fazer uma exaustiva e eficaz investigação que busque identificar e punir os responsáveis. Além disso, também é destacado na sentença, que a Corte Europeia de Direitos Humanos considera que crimes como a tortura, que implicam em graves violações de direitos humanos, não sejam passíveis de prescrição, nem de anistia.

O segundo sistema trazido pela sentença foi o Sistema Africano. A CorteIDH procurou reforçar a necessidade de investigações penais embasando-se na sustentação da Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos de que:

a concessão de total e completa imunidade contra o processamento e julgamento de violações de direitos humanos, bem como a falta de adoção de medidas que garantam que os autores dessas violações sejam punidos, e que as vítimas sejam devidamente compensadas, não apenas impedem que as últimas obtenham reparação dessas violações, negando-lhes, com isso, seu direito a um recurso efetivo, mas promovem a impunidade e constituem uma violação das obrigações internacionais dos Estados. (GRIFO MEU, CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 54).

A partir do posicionamento acima, o Sistema Africano considera que as leis de anistia não podem isentar os Estados de cumprirem suas responsabilidades internacionais em relação aos direitos humanos, além disso, defende que além de perpetuar a impunidade, esse tipo de lei impede a investigação e averiguação da verdade dos acontecimentos.

Por fim, a CorteIDH mencionou o Tribunal Penal Internacional (TPI) e o Tribunal Especial para Serra Leoa (TESL). No caso do TPI a sentença relembrou o posicionamento do Tribunal em relação a ex-Iugoslávia, que tanto acreditava não fazer sentido permanecer com o instituto da prescrição dos crimes de lesa-humanidade, quanto considerava que não deveriam ser editadas leis de anistia que absolvessem os perpetradores dos crimes. No caso do TESL, o Tribunal também não admite que existam leis de anistia para crimes que violam os direitos humanos.

ii. Organização das Nações Unidas

A CorteIDH embasou seus argumentos em diversos entes da ONU, a seguir coloca-se quais foram eles e quais são seus entendimentos quanto à necessidade de averiguação dos fatos e a leis de anistia que perdoam crimes de lesa-humanidade.

- a. Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas: Estabeleceu que é dever dos Estados investigar de boa-fé crimes que violem direitos humanos e entende que essa investigação penal seria uma medida corretiva por parte do Estado. No que tange ao crime de desaparecimento forçado, o comitê coloca que é crucial levar a justiça às vítimas e aos seus familiares.
- b. Comitê contra a Tortura das Nações Unidas: Entende que, em casos de tortura, os Estados devem imediatamente e imparcialmente investigar o crime e levar às autoridades competentes.
- c. Conselho de Segurança da ONU: Desenvolveu um relatório denominado “O Estado de Direito e a justiça de transição nas sociedades que sofrem ou sofreram conflitos” em que se entende não ser possível existir anistia à violações de direitos humanos, crimes de guerra ou genocídio em acordos de paz aprovados pela ONU.
- d. Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos: concluiu que anistias e outras formas de perdão a crimes contra os direitos humanos não somente contribuem para a impunidade, mas também “representam um obstáculo para o

direito à verdade” (CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 56), sendo incompatíveis com as normas e princípios do direito internacional.

- e. Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas: já se debruçou sobre diversos casos de anistia e, ao interpretar a Declaração sobre Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados, o grupo chegou à conclusão que por causarem impunidade, as leis de anistias violam os direitos das vítimas de desaparecimento forçado. Vê-se dessa forma que, segundo os dispositivos da Declaração, não é possível que se validem leis de anistia.

Foi importante mostrar a forma com que instituições se posicionam quanto a leis de anistia em geral, para compreender a construção argumentativa feita na Sentença, que se pautou muito em embasamentos externos e entendimentos consolidados de outros sistemas internacionais, demonstrando que quatro tribunais especializados em análise de crimes de direitos humanos e cinco órgãos da ONU seguem o mesmo entendimento consolidado pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

f) Posicionamento de Supremas Cortes de países americanos.

Na sentença do caso Gomes Lund e outros vs Brasil, a CorteIDH em alguns momentos fez referência direta à maneira com que o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade e validade da lei de anistia. Em toda a decisão é perceptível o esforço da CorteIDH em invalidar essa lei, tendo em conta o sistema Americano de Direitos Humanos. O presente item irá apresentar a forma com que a Sentença buscou, na jurisdição interna de países signatários do Pacto de São José da Costa Rica, salientar a invalidade de leis de anistia que perdoem crimes contra os direitos humanos, buscando demonstrar que o Estado brasileiro está caminhando na contramão de seus vizinhos sul-americanos que passaram por situações políticas repressivas muito semelhantes.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual Brasil faz parte por decisão soberana, são reiterados os pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, quando se trata de graves violações dos direitos humanos. Além das mencionadas decisões deste Tribunal, a Comissão Interamericana concluiu, no presente caso e em outros relativos à Argentina, Chile, El Salvador, Haiti, Peru e Uruguai, sua contrariedade com o Direito Internacional. (CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 55)

A seguir será feita uma retomada da forma com que a Suprema Corte da Argentina, Chile, Peru, Uruguai e Colômbia; enfrentam leis de anistia que perdoam crimes que violam os direitos humanos.

- i) Argentina: Ao tratar da Argentina, a Corte salienta o caso *Simón*³⁸, em que a Suprema Corte Argentina decidiu que a lei de anistia que existia no país representava um obstáculo na investigação, julgamento e possível condenação de crimes que violaram direitos humanos.

A CorteIDH salientou um trecho da sentença do tribunal argentino em que se percebe o compromisso do Tribunal com as normas do direito internacional, levando-se em conta principalmente a jurisdição da CorteIDH.

Vê-se que a Corte Suprema Argentina, ao fazer referência à Convenção Americana de Direitos Humanos e ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, entende ser constitucionalmente intolerável o “esquecimento” de graves violações dos direitos humanos. Afirma-se também, que a lei de anistia não somente cria um impedimento de investigação, mas também representa uma violação por parte do Estado argentino perante seu comprometimento internacional.

Por fim, a Corte Argentina entendeu que não é possível aceitar o argumento de não retroatividade de leis penais, visto que o país tem um compromisso internacional relacionado à direitos humanos:

(...) 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 Suprema de Justiça da Nação Argentina. Caso *Simón*, Julio Héctor, *in* CorteIDH, Caso *Gomes Lund e outros vs Brasil* p.60)

- ii) Chile: No caso da Suprema Corte Chilena, a CorteIDH buscou demonstrar como a lei de anistia deve ser interpretada em casos de crimes de sequestro e desaparecimento forçado. Viu-se que a lei não abrangia todo o período do desaparecimento forçado, se o corpo estiver desaparecido até hoje, tendo uma clara delimitação temporal de seus efeitos.

A lei de anistia chilena cobria o período da data de 11 de setembro de 1973 até 10 de março de 1978, sendo assim, sequestros que continuaram em curso após 10 de março de 78 não poderiam receber a graça da anistia, uma vez que excedem o

³⁸ Caso tenha interesse em compreender melhor esse caso, leia: VALLE, 2006.

período de tempo da lei. Novamente, a CorteIDH enfatizou o caráter permanente desse tipo de crime.

Além disso, a Suprema Corte Chilena, na sentença do caso do *sequestro de mirista Miguel Ángel Sandoval*, ressaltou que o Chile tinha o dever de cumprir de boa-fé os acordos internacionais com que se comprometeu.

Por fim, a CorteIDH retomou o caso *Lecaros Carrasco*, também analisado pela Suprema Corte Chilena, em que se anulou a sentença absolutória, invalidando-se a aplicação da lei de anistia no caso de sequestro. É interessante observar como a Corte Chilena desconstruiu o instituto da prescrição para crimes que ocorreram durante o período ditatorial:

a prescrição da ação penal, concebidas para funcionar numa situação de paz social a que estavam chamadas a servir, mas não em situações de violação de todas as instituições sobre as quais o Estado se erigia, e em benefício precisamente dos que provocaram essa ruptura. (Corte Suprema de Justiça do Chile, Caso de Claudio Abdon Lecaros Carrasco *in* CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 61)

- iii) Peru: A CorteIDH demonstrou que o Tribunal Constitucional do Peru, no caso Santiago Matín Rivas, definiu que é inválida a lei de anistia, assim como são nulos todos os processos que de alguma forma aplicaram essa lei.

A Corte Peruana entendeu que tendo o Estado peruano ratificado um tratado internacional de direitos humanos, ele está obrigado à cumprir o seu dever de proteger e cumprir os direitos determinados por esse tratado. Sendo assim, visto que os tratados internacionais já cristalizaram a proibição absoluta de anistiar crimes que infringem à proteção da dignidade humana, a Corte peruana anulou a lei de anistia e todos os seus efeitos jurídicos.

o Tribunal considera que as leis de anistia [em questão] são nulas e carecem, ab initio, de efeitos jurídicos. Portanto, também são nulas as resoluções judiciais expedidas com o propósito de garantir a impunidade da violação de direitos humanos cometida por [agentes estatais] (Tribunal Constitucional do Peru, Caso Santiago Martín Rivas *in* CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil)

- iv) Uruguai: A CorteIDH mostrou dois pontos importantes trazidos pela Suprema Corte de Justiça do Uruguai na análise do Caso de Nibia Sabalsagaray Curchet. Primeiramente, viu-se que a Corte Uruguia fez uma nova interpretação quanto a regulamentação de direitos humanos, demonstrando que esses baseiam-se na pessoa como titular, não no Estado Soberano.

Essa interpretação foi desenvolvida com o objetivo de desconstruir a lei de anistia promulgada pelo poder constituinte do país. Demonstrou-se que é mais importante observar os indivíduos que sofreram com as violações do que a construção legislativa. A Suprema Corte deixou claro que os direitos essenciais não podem ser desconsiderados, nem pelo poder constituinte originário, nem pelo derivado.

Por fim, foi possível observar uma citação direta quanto às obrigações do Estado em relação à Convenção Americana. Além disso, a Corte do Uruguai comparou-se com outros países americanos que passaram por situações semelhantes e optaram pela invalidação da lei de anistia.

Em tal marco, [a lei de anistia] em exame afetou os direitos de numerosas pessoas (concretamente, as vítimas, familiares ou prejudicados pelas violações de direitos humanos mencionadas), que viram frustrado seu direito a um recurso, a uma investigação judicial imparcial e exaustiva, que esclareça os fatos, determine seus responsáveis e imponha as sanções penais correspondentes; a tal ponto que as consequências jurídicas da lei a respeito do direito às garantias judiciais são incompatíveis com a Convenção [A]mericana [sobre] Direitos Humanos. (Suprema Corte de Justiça do Uruguai, Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet *in* CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil)

- v) Colômbia: A CorteIDH procurou observar que a Corte Constitucional da Colômbia determinou, assim como as quatro cortes anteriores, que nenhuma norma como: leis do ponto final, anistias em branco, auto-anistias, ou qualquer norma que impeça a investigação e punição de responsáveis por violações de direitos humanos, podem ser consideradas válidas. Ainda, a CorteIDH destacou o seguinte trecho da decisão colombiana: “as normas relativas aos [d]ireitos [h]umanos fazem parte do grande grupo de disposições de Direito Internacional Geral, reconhecidas como normas de [j]us cogens, razão pela qual aquelas são inderrogáveis, imperativas [...] e indisponíveis” (Corte Suprema de Justiça da Colômbia, Câmara de Cassação Penal. Caso do Massacre de Segovia, *in* CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 68).

Percebe-se que a CorteIDH recorreu à cinco Cortes Constitucionais de países que passaram períodos repressivos semelhantes ao brasileiro. Em todos os casos, por vezes de forma mais explícitas, por vezes nas entre linhas, fez-se referência à necessidade de observar os deveres internacionais buscando garantir a plena proteção de direitos humanos. Cabe lembrar que todos esses países fazem parte da OEA, assinaram a Convenção Americana de Direitos humanos e estão submetidos à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Apresentados os temas extraídos da sentença, cabe agora expor as fontes da CorteIDH para embasar normativamente sua argumentação quanto aos temas destacados acima.

g) Incompatibilidade da lei de anistia com as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

A CorteIDH elencou diversas normas da Convenção Americana de Direitos Humanos que não foram cumpridas pelo Estado brasileiro. Em relação à lei de anistia destacaram-se quatro artigos violados: 1.1, 2, 8 e 25. A seguir serão apresentadas as motivações da Corte para sustentar o argumento de que a lei de anistia é incompatível com a Convenção Americana e por esse motivo não deve ser mais aplicada.

- i) Artigo 1.1: Ao tratar desse dispositivo da Convenção, a sentença procurou demonstrar que o Estado brasileiro, além de ser responsável pelo crime de desaparecimento forçado, não fez a devida investigação dos fatos e não puniu os agentes que de fato cometeram o crime de lesa-humanidade. Sendo assim, em conjunto com o art. 4 da Convenção, que busca garantir a inviolabilidade da vida, a CorteIDH concluiu que o país, nesses dois pontos, não cumpriu os deveres de proteção e prevenção de direitos humanos determinados pelo Pacto.

Mais especificamente em relação à lei de anistia, afirmou-se que, segundo o art.1.1, cabe ao Estado averiguar e punir os autores de violações de direitos humanos. Infere-se, portanto, que é dever dos Estados Parte “organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos” (CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 52).

Dessa forma, a Corte concluiu que o Estado não cumpriu com o seu papel de salvaguardar os direitos humanos, uma vez que persiste com a validação da lei de anistia, um instituto que impede que o Estado brasileiro investigue e puna os responsáveis pelos crimes.

- ii) Artigo 8: Segundo a interpretação da CorteIDH sobre esse artigo, os familiares e as vítimas de violações de direitos humanos têm o direito de serem ouvidas e de buscar o esclarecimento dos fatos ocorridos durante o período em que os crimes ocorreram. Além disso, como uma forma de reparação, devem também contar com a possibilidade de procurar formas jurídicas de punir aqueles que cometeram tais crimes.

Ademais, a decisão procurou relacionar as normas do direito internacional e da Convenção com o próprio direito interno brasileiro, fazendo referência ao artigo 14 do código penal⁴⁵:

o Tribunal salientou que a obrigação de investigar e o respectivo direito da suposta vítima ou dos familiares não somente se depreendem das normas convencionais de Direito Internacional imperativas para os Estados Parte, mas que, além disso, têm origem na legislação interna, que faz referência ao dever de investigar, de ofício, certas condutas ilícitas e às normas que permitem que as vítimas ou seus familiares denunciem ou apresentem queixas, provas, petições ou qualquer outra diligência, com a finalidade de participar processualmente da investigação penal, com a pretensão de estabelecer a verdade dos fatos. (GRIFO MEU, CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 52)

- iii) Artigo 25: Esse artigo relaciona-se muito com o artigo 1.1 e artigo 8 da Convenção. A Corte procura citá-lo para enfatizar que é necessário que haja a devida investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelo fato. O artigo 25.1 da Convenção determina que todos tem direito a recursos perante ao juiz ou ao tribunal competente em casos de violações à direitos fundamentais (garantidos pela Constituição ou pela Convenção Americana), “mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”. Isto posto, a Corte novamente vê a lei de anistia como uma forma de impedir que tal direito seja garantido.
- iv) Artigo 2: Por fim, a CorteIDH determina que o Estado Brasileiro descumpriu o artigo 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Consta nesse dispositivo que, quando existem leis internas que impedem o exercício dos direitos e liberdades protegidos pela Convenção, o Estado Parte está comprometido a adotar medidas legislativas que venham a garantir tais direitos e liberdades.

A sentença enfatiza a existência da lei de anistia que, como já mencionado nos três itens acima, impede o exercício do direito das vítimas e familiares em processar os responsáveis pelos crimes, buscando a devida investigação, julgamento e punição dos mesmos. Vê-se, portanto, que o Estado não tomou as devidas medidas para que a legislação interna se adeque aos princípios fundamentais presentes na Convenção. Essa questão foi aprofundada no item c) desse artigo, quando se discutiu o Controle de

⁴⁵ Código de Processo Penal: Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. (nota de rodapé 185 da sentença)

Convencionalidade e a inadequação da lei de anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Além dos artigos supramencionados, a CorteIDH ainda busca responder à alegação do Estado brasileiro de que se tratou de uma anistia bilateral e não uma auto-anistia, com o uso das normas da Convenção Americana:

Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma auto-anistia ou um “acordo político”, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (par. 171 supra), que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias”. (CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 65).

h) Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos preocupou-se em embasar toda a sua argumentação central com julgados do próprio sistema Interamericano de Direitos Humanos. Nesse item do artigo procura-se somente relatar quais os julgados os quais a CorteIDH se referiu.

Para reforçar o argumento de que é dever dos Estados membros do Sistema Interamericano a investigação e punição de graves violações a direitos humanos a Corte mencionou: (i) Cf. Caso Velásquez Rodríguez. Mérito, nota 25 supra, par. 166. (ii) Cf. Caso Goiburú e outros, nota 130 supra, par. 84. (iii) Caso Chitay Nech e outros, nota 25 supra, par. 193. (iv) Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, nota 24 supra, par. 197. (v) Caso Fernández Ortega e outros, nota 53 supra, par. 191, e (v) Caso Rosendo Cantú e outra, nota 45 supra, par. 175. (vi) Cf. Caso do Massacre de Pueblo Bello, nota 139 supra, par. 143. (CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 51).

Para demonstrar que é dever do Estado adequar a legislação interna à convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte citou os seguintes julgados: (i) Cf. Caso Barrios Altos. Mérito, nota 250 supra, par. 44. (ii) Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 154, par. 119. (iii) Caso La Cantuta, nota 160 supra, par. 175. (iv) Cf. Caso Almonacid Arellano e outros, nota 251 supra, par. 120. (CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 65).

Para demonstrar que a lei de anistia é inadmissível no Sistema Interamericana, a Corte observou os seguintes julgados: (i) Cf. Caso Barrios Altos versus Peru. Mérito. Sentença de 14 de março de 2001. Série C Nº 75, par. 41. (ii) Caso La Cantuta, nota 160 supra, par. 152. (iii) Caso Do Massacre de Las Dos Erres, nota 186 supra, par.129. (CorteIDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, p. 64).

IV) ANÁLISE DA RAZÃO DE DECIDIR DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMES LUND E OUTROS VS BRASIL

Os principais temas apresentados no item anterior do presente artigo demonstram por si só a racionalidade jurídica da Corte IDH. A sentença da Corte sobre o caso Gomes Lund e outros vs Brasil é muito completa e pormenorizada, vê-se uma grande preocupação com os detalhes do caso e com as alegações apresentadas pelas duas partes – Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Estado brasileiro.

Como conclusão do artigo, será feita a análise de como os diferentes grupos de temas, elencados anteriormente, complementam-se. Procura-se compreender como o desenvolvimento argumentativo da Corte gerou sua racionalidade jurídica, buscando sintetizar, também, a responsabilidade brasileira em relação às violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura.

Percebeu-se que a sentença da Corte IDH foi coerente na relação entre os argumentos apresentados. Viu-se que, no decorrer da sentença, a Corte IDH apresentava os pareceres dos dois lados – Estado brasileiro e Comissão IDH – e logo no item seguinte, ou no parágrafo seguinte, colocava seu entendimento sobre a questão em discussão. Não foi possível encontrar contradição interna na sentença, o que significa que todos os temas levantados seguiam uma linha argumentativa que buscava demonstrar a incompatibilidade da lei de anistia brasileira com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A Corte procurou embasar-se no Direito Internacional apontando a maneira com que outros Órgãos e Cortes de Direitos Humanos internacionais tratam a discussão sobre lei de anistia. Essa construção é importante, pois além de legitimar sua decisão, demonstra que a Corte está inserida em um contexto internacional em que os princípios de direitos humanos são defendidos de forma semelhante. Além disso, outro embasamento importante foi a descrição das decisões de supremas Cortes de países membros da Convenção, pois foi possível verificar que tais princípios defendidos internacionalmente têm sido respeitados internamente nessas nações.

Ainda, viu-se que o tema da prescrição permeou toda a sentença e foi por diversas vezes repetido, tanto no entendimento de Supremas Cortes sul-americanas (como, por exemplo, a interpretação chilena quanto ao caráter permanente dos crimes desaparecimento forçado e sequestro), quanto nas análises de Cortes Internacionais.

O tema do controle de convencionalidade foi também enfatizado no momento em que foram levantadas as decisões das Supremas Cortes dos Estados membros. Viu-se que todos os países mencionados na sentença, ao decidirem sobre lei de anistia, fizeram referência ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, procurando frisar a necessidade de adequar o direito interno às normas da Convenção e jurisprudência da CorteIDH. Ao fazer isso, a Corte procurou demonstrar que o posicionamento do Estado brasileiro, de ignorar o Sistema Interamericano, não segue o caminho de seus vizinhos sul-americanos.

Quanto à averiguação da verdade, ficou claro que, tanto as Cortes internacionais, quanto as Supremas Cortes dos Estados membros, entendem que as leis de anistia representam um obstáculo à investigação das circunstâncias dos crimes e de seus responsáveis, gerando, além do desconhecimento dos fatos, impunidade.

Após essa retomada dos temas já apresentados, resta um breve levantamento de duas questões que poderiam ter sido aprofundadas pela CorteIDH em sua sentença.

No que tange ao tema da prescrição dos crimes anistiados, viu-se que a Suprema Corte chilena entendeu que crimes cometidos durante o Estado de exceção não devem receber anistia, pois esse mecanismo do direito penal somente deve ser concebido em situações de paz social. A CorteIDH citou esse entendimento, porém não abordou diretamente o assunto, não demonstrou qual é a interpretação do sistema Interamericano no caso de anistias fora do contexto de exceção. Apesar da sentença estar discutindo o caso específico brasileiro, em que a lei de anistia realmente foi redigida num período de exceção, não há como saber se essa decisão pode vir a criar precedente para outras leis que anistiem crimes contra os direitos humanos em regimes democráticos e pacificados.

Outro assunto que poderia ter sido mais trabalhado pela Corte está relacionada com o tema de busca pela verdade. Como já demonstrado, a CorteIDH entendeu que a lei de anistia representa um obstáculo para a busca da verdade uma vez que impede a investigação criminal dos fatos. Deve-se ressaltar que foi dito na sentença que o acesso à justiça e a investigação feita por meio do judiciário também deve ser considerada como uma forma de averiguação da verdade, sendo conseqüentemente, um direito das vítimas e de seus familiares. Essa construção argumentativa foi trazida conjuntamente com o debate sobre o aprimoramento da Comissão da Verdade. Certamente a sentença deixou claro seu posicionamento sobre a necessidade de acesso à justiça também como forma da construção histórica dos fatos. No entanto, a CorteIDH não mencionou a possibilidade de ações declaratórias de responsabilidade civil que atualmente

ocorrem no Brasil⁵². Deve-se ressaltar que apesar da lei de anistia perdoar penalmente os responsáveis pelos crimes ocorridos durante a ditadura militar, ainda há a possibilidade de responsabilização administrativa e civil (um caso famoso de declaração de responsabilidade por crimes ocorridos na ditadura é o caso do Coronel Ustra⁵³). Sendo assim, cabe notar que há outras formas de acesso à justiça que não a persecução penal, que podem também ajudar na reconstrução da verdade. A CorteIDH, ao dar seu parecer sobre acesso à justiça poderia ter mencionado as outras formas de ações existentes, além do processo criminal.

Por fim, para sistematizar a racionalidade da CorteIDH ao decidir sobre a validade da lei de anistia apresenta-se, a seguir, uma tabela que sintetiza sua construção argumentativa.

Tema	Entendimento
Irretroatividade de lei penais	Como o crime discutido é o de desaparecimento forçado, sequer seria necessário pensar em retroatividade da norma, uma vez que, pelo seu caráter permanente, esse crime ainda estaria em curso, sendo inaplicável a lei de anistia, o que significa que não há retroatividade da lei.
Imprescritibilidade de crimes que violam os direitos humanos	Segundo o Sistema Interamericano, graves violações aos direitos humanos não são passíveis nem de prescrição nem de perdão. Isso porque esses dois instrumentos legais impediriam a investigação e punição dos responsáveis.
Controle de Convencionalidade e Inadequação do Direito Interno	O judiciário brasileiro deve exercer o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana. Ou seja, deve fazer cumprir as normas positivas do tratado internacional e respeitar as decisões e jurisprudência da CorteIDH. Além disso, é função do Estado adequar as normas internas ao tratado.
A Lei de Anistia representaria um obstáculo para averiguar a verdade	A lei de anistia aparece como um obstáculo para averiguar a verdade, visto que impede o acesso a justiça por parte das vítimas e dos seus familiares, e conseqüentemente impede a investigação e responsabilização dos crimes.

⁵² Além das ações de responsabilidade civil e criminal, existe um tipo de ação no Brasil denominada ação declaratória de responsabilidade civil, em que o objetivo da parte que faz o pedido é simplesmente que o Estado brasileiro reconheça a responsabilidade civil de determinado indivíduo. A lei de anistia brasileira perdoa os crimes ocorridos somente no âmbito penal, ou seja, tanto no âmbito civil, quanto no administrativo, os responsáveis pelos crimes podem responder processos judiciais. Já existiram casos de declaração de responsabilidade civil por crimes ocorridos durante a ditadura militar.

⁵³ Caso tenha interesse em compreender mais sobre esse processo leia: (i) Justiça acolhe ação contra coronel acusado de tortura na ditadura, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1304200810.htm> e (ii) TJSP confirma decisão que reconhece Coronel Brilhante Ustra como torturador, disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=15281>

<p>Posicionamento do Direito Internacional</p>	<p><u>Sistemas e Cortes internacionais de Direitos Humanos</u>: Corte Europeia e Corte Africana, ambas entendem que em casos de graves violações, como desaparecimento forçado, deve-se investigar e punir os responsáveis, não cabendo leis de anistia.</p> <p><u>Organização das Nações Unidas</u>: Apresentam o mesmo posicionamento acima. Foram citados: Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, Comitê contra a Tortura das Nações Unidas, Conselho de Segurança da ONU, Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos e Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas.</p>
<p>Posicionamento de Supremas Cortes de países americanos</p>	<p>Os tribunais citados pela Corte entendem que crimes de lesa-humanidade devem ser investigados e punidos, portanto não é cabível leis que perdoem tais violações, como a lei de anistia, além disso, todos os tribunais fizeram referência à necessidade de respeitar a Convenção Americana de Direitos Humanos. Supremas Cortes: argentina, chilena, uruguaia, peruana e colombiana.</p>

A partir dessa tabela é possível perceber quais foram os principais fundamentos que levaram à Corte Interamericana de Direitos Humanos a decidir pela não validade da lei de anistia perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Considerando essa tabela-síntese e a apresentação pormenorizada dos temas abordados pela Corte conclui-se que todos os argumentos apresentados na sentença se relacionam de alguma maneira. Além disso, tais argumentações foram sempre embasadas em algum documento internacional, em jurisprudência da própria Corte ou em princípios e normas da Convenção.

Ao determinar que os responsáveis pelos crimes sejam investigados e punidos pelo Estado brasileiro, a Corte passa o recado de que, para que haja uma devida transição democrática no Brasil, é necessário que o país não deixe impunes aqueles que cometeram crimes de lesa humanidade durante o período ditatorial. Nota-se, por fim, que a Corte além de defender a persecução criminal desses agentes, demonstra ser favorável à busca pela verdade, entendendo que, para construir a verdade dos acontecimentos, além da criação de comissões da verdade, é também necessário que as vítimas tenham acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASOS CONTRA O BRASIL PERANTE A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, disponível em: http://www.justica.sp.gov.br/novo_site/paginas/observatorio_ODH/tabelas/corte/corte.htm, acessado em: 25 de março de 2013.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil, Introdução da causa e objeto da controvérsia. disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf acessado em 26 de março de 2013.

Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade, etc., nota 223 supra, Considerando 26 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana). *In* Sentença da CorteIDH, p. 60

Corte Suprema de Justiça da Colômbia, Câmara de Cassação Penal. Caso do Massacre de Segovia.

Ata número 156, de 13 de maio de 2010, p. 68 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana). *In* Sentença CorteIDH, Caso Gomes Lund e Outros vs Brasil.

Corte Suprema de Justiça do Chile, Caso de Claudio Abdon Lecaros Carrasco, Sentença de Substituição, nota 232 supra, Considerando 3 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana). *In* Sentença Corte IDH, p. 61

GASPAROTO, Ana Lúcia Jayme; GASPAROTO, Wanderley e VIEIRA, Oscar Vilhena. O Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *In* **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, vol. 7, 2010, p. 61. Disponível em: http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume7/ISSN_1981-9439. Acessado em: 14 de março de 2013.

GRECO, Heloisa Amélia. Dimensões Fundacionais da Luta pela Anistia. Belo Horizonte, Departamento de História da FAFICH/UFMG, 2003. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/VGRO-5SKS2D/tese.pdf;jsessionid=716F37F82D242E59093DBC58EC5AF6A9?sequence=1>, acessado em 05 de agosto de 2014.

JENSEN, Cristiane Penhalver; RIBEIRO, Daniel Torres de Melo; NASCIMENTO, Jefferson; RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos; MOTA, Maybi Rodrigues; LAURINO, Renata Chiarinelli e PINHEIRO, Victor Marcel. Corte Interamericana de direitos humanos caso Gomes Lund vs. Brasil. São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.direito.usp.br/extensao/Arquivos/amicus_dh_novo_estudo.pdf, acessado em: 26 de março de 2013.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Editora Manole. 2005.

Lei nº 6.683/79, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm, acessado em: 25 de março de 2013.

MELLO, Celso de. Voto HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS. P. 23 e 24. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>, acessado em: 1 de abril de 2013.

MENDES, Gilmar. Voto RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO. P. 21. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>, acessado em: 1 de abril de 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva./Max Limonad, 2003. p. 44- 48.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 14 de março de 2013.

Suprema Corte de Justiça do Uruguai, Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet, nota 242 supra, Considerando III.8, par. 11 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana). *In* Sentença CorteIDH, Caso Gomes Lund e Outros vs Brasil.

VALLE, Mariano Fernández. La Corte Suprema Argentina frente al Legado de la Última Dictadura Militar: Reseña del Fallo “Simón”, 2006. Disponível em: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/19423/20559>, acessado em 7 de agosto de 2014.