

# EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EROS ROBERTO GRAU

Ref. ADPF no. 153

O Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), associação civil sem fins lucrativos, devidamente constituída na forma da lei (doc.1), inscrita no CNPJ nº. 01.928.385/0001-14, com sede à Avenida Franklin Roosevelt, 194, sala 906, Rio de Janeiro - RJ, doravante designada simplesmente "CEJIL", vem respeitosamente à presença de V.Exa., por seus advogados constituídos (doc.2), com fundamento no §2º do artigo 7º da Lei 9.868/99, manifestar-se na qualidade de

#### Amicus Curiae

### Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153

ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo a ora postulante por objetivo específico a procedência do pedido para que este Egrégio Tribunal declare que a anistia concedida pela Lei 6.683/79 não impede a persecução penal das graves violações de direitos humanos cometidas de modo sistemático durante o regime militar brasileiro, em conformidade com os preceitos constitucionais e as obrigações do Estado brasileiro derivadas do Direito Internacional, nos termos e razões a seguir expostos.

Nesses termos, pede-se deferimento.

Brasília, 26 de novembro de 2009

Helena de Souza Rocha OAB/PR 50.532 Vivian Holzhacker OAB/SP 260.634

Beatriz Stela de Azevedo Affonso Secretária Executiva do CEJIL Viviana Cecilia Krsticevic Conselho Diretivo do CEJIL

### ÍNDICE

I.	In	troduçãotrodução	3
II.	Pr	eliminares	4
	1.	Da legitimidade da postulante	4
	2.	Do cabimento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental	6
	3.	Do diálogo entre o Direito Internacional e o direito interno	8
III	12		
	1.	Das obrigações internacionais do Estado brasileiro	12
	2.	Do direito à verdade	13
	3.	Do contexto histórico	17
	4.	Da proibição do uso de leis de anistia como obstáculo ao direito à verdade e à justiça	20
	a.	O Sistema Universal de Direitos Humanos	22
	b.	Sistema Interamericano de Direitos Humanos	26
	5.	Da proibição do uso de outros dispositivos legais como obstáculos ao direito à justiça e à verdade	30
IV	IV. Conclusão e pedidos		
v.	Do	ocumentos e Anexos	41



### I. INTRODUÇÃO

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a presente Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com o objetivo de ver declarado, à luz dos preceitos fundamentais, "que a anistia concedida pela [Lei 6.683/79]¹ aos crimes políticos e conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar"².

Para tanto, sustenta que a "interpretação, segundo a qual a norma questionada concedeu anistia a vários agentes públicos responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, tortura e abusos sexuais contra opositores políticos <u>viola frontalmente diversos preceitos fundamentais da Constituição</u>..."<sup>3</sup>.

A argumentação exposta na inicial ampara-se na comprovação do descompasso em que se encontra a Lei 6.683/79 com a ordem constitucional vigente e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente no que fere o direito à verdade, à memória e à justiça, corolários do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, o CEJIL vem à presença desse Egrégio Tribunal acrescentar subsídios a esta argumentação, em especial trazer elementos referentes ao estado atual da normativa, jurisprudência e prática internacionais no que concerne a aplicação de leis de anistia em casos de crimes de lesa humanidade e outras violações graves aos direitos humanos, assim como as obrigações internacionais do Estado brasileiro em decorrência do direito consuetudinário aplicável na época em que tais crimes foram perpetrados e dos tratados dos quais o Brasil é parte.

O ora postulante tem por objetivo contribuir com a reflexão, por meio de sua experiência adquirida no litígio internacional de casos cujo eixo do conflito estiveram relacionados a legitimidade de leis de anistia que resultavam na impunidade de graves crimes cometidos por agentes públicos e privados em nome do Estado, contra a população civil. Para

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, petição inicial, p. 8.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> A Lei 6.683/1979, promulgada em 28 de agosto de 1979, durante a presidência do General João Batista Figueiredo previa:

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

 $<sup>\</sup>S$  1° - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

<sup>§ 2</sup>º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, petição inicial, p. 29.

tanto pretende expor instrumentos do Direito Internacional na compreensão de que um diálogo mais fluído entre o direito interno e o Direito Internacional é essencial para a efetiva proteção dos direitos humanos, especialmente considerando sua primazia na ordem jurídica moderna. O faz também considerando a longa trajetória deste Egrégio Tribunal na proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana e sua recente jurisprudência a respeito da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

Como se verificará no decorrer deste documento, a aplicação de leis de anistia às graves violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade praticados por estados ditatoriais colide frontalmente com as obrigações do Estado brasileiro resultantes do Direito Internacional, assim como contradiz a jurisprudência de diversas cortes e órgãos internacionais que examinaram casos similares, especialmente nos órgãos que aplicam tratados dos quais o Brasil é parte.

### II. PRELIMINARES

### 1. Da legitimidade da postulante

A jurisprudência desta Suprema Corte<sup>4</sup> já assentou a possibilidade de manifestação processual em ações de descumprimento de preceito fundamental na figura de *amicus curiae*, por meio da aplicação analógica do §2°, do artigo 7°, da lei 9.868/99, a qual dispõe que:

"O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

A aplicação analógica e a consequente possibilidade de manifestação de terceiros fundamenta-se na ampliação da participação no debate constitucional conforme exposto pelo Excelentíssimo Relator da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2321, Ministro Celso de Mello:

"A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do "amicus curiae" no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade".

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Como precedentes, pode-se citar os julgados das ADPFs n° 33 (relator Ministro Gilmar Mendes), n° 46 (relator Ministro Marco Aurélio), ADPF n° 73 (relator Ministro Eros Grau), ADPF n° 97 (relator Ministro Gilmar Mendes), ADPF n° 101 (relatora Ministra Carmem Lucia), ADPF n° 130 (relator Ministro Carlos Britto) e ADPF n° 132 (relator Ministro Carlos Britto).



-

O Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) é uma organização não governamental de âmbito regional, fundada em 1991 por destacados defensores de direitos humanos da América Latina, e que tem como objetivo principal assegurar a plena implementação de normas internacionais de direitos humanos nos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio do uso efetivo do sistema interamericano de direitos humanos e de outros mecanismos nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos.

Em 1996, foi criado o programa do CEJIL para o Brasil, que resultou na constituição de uma associação civil sem fins lucrativos, sediada no Rio de Janeiro, inscrita no CNPJ nº 01.928.385/0001-14, focada na promoção e proteção dos direitos humanos no país. Além do Brasil, o CEJIL possui escritórios regionais em Washington (EUA)- onde está a Comissão Interamericana de Direitos Humanos na sede da OEA, em Buenos Aires (Argentina) e em São José (Costa Rica)- onde está localizada a sede da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Dentre seus mandatos específicos - que incluem o litígio de casos, a capacitação de defensores de direitos humanos, a difusão e o fortalecimento dos mecanismos de proteção do sistema interamericano — está incluída a contribuição para a incorporação dos parâmetros internacionais de direitos humanos na normativa constitucional bem como na jurisprudência constitucional dos países do continente. É neste contexto, e com este objetivo, que se insere o pedido de manifestação na qualidade de *amicus curiae* na presente ADPF.

No seu mandato específico de litígio de casos, o CEJIL é reconhecido internacionalmente por sua atuação em casos emblemáticos de graves violações de direitos humanos, perpetradas inclusive no contexto de ditaduras militares e conflitos armados, perante o sistema interamericano (ver anexo 1). Atualmente o CEJIL representa quase 13 mil vítimas, em mais de 260 casos litigados em parceria com mais de 200 organizações e defensores de direitos humanos em 23 países no Continente Americano<sup>5</sup>.

Por meio do litígio destes casos, foram alcançados importantes avanços no que concerne a interpretação e aplicação do direito internacional dos direitos humanos no âmbito nacional, em especial na revisão de normas que foram declaradas contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> O CEJIL possui status consultivo junto à Organização das Nações Unidas (ONU) e à Organização dos Estados Americanos (OEA), bem como possui qualidade de observador ante a Comissão Africana de Direitos Humanos.



-

No Brasil, em conjunto com organizações não governamentais nacionais, o CEJIL tem sido responsável pelo litígio de casos emblemáticos perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, como o caso 12.051 de *Maria da Penha Maia Fernandes* vs. Brasil, que impulsionou a aprovação da lei com o mesmo nome; o caso 11.289 de *José Pereira* vs. Brasil, que impulsionou a adoção do Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil e o caso 11.552 sobre os desaparecidos políticos na Guerrilha do Araguaia, recentemente encaminhado ao conhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A legitimidade do CEJIL para se manifestar na qualidade de *amicus curiae* na presente ADPF surge, portanto, de sua expertise e experiência acumulada ao longo dos vários anos de atuação, em estreita relação com outras organizações da sociedade civil, para a consolidação da proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas. Com isso, espera fornecer subsídios para demonstrar a necessidade de interpretar o parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 6.683/79 de forma condizente com os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal e em vários instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Deste modo, os postulantes solicitam sua participação neste importantíssimo debate democrático em uma questão salutar e de significativa relevância à sociedade brasileira.

## 2. Do cabimento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A presente Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental preenche os requisitos previstos em lei. A Lei nº 9.882/99 exige que o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo seja relevante. No caso ora em debate, verifica-se intensa controvérsia jurídica e política, fato este que demonstra a necessidade de um posicionamento deste Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Conforme amplamente demonstrado pelo Conselho Federal da OAB em sua inicial, o tema em análise tem sido largamente debatido por diversas autoridades brasileiras e estrangeiras. No plano judicial, verifica-se a existência de novas iniciativas que objetivam a responsabilização civil, criminal e administrativa dos perpetradores de graves violações aos direitos humanos. Contudo, importante ressaltar que as raras oportunidades em que houve tentativa de investigação criminal, estas foram arquivadas pelo Poder Judiciário mediante a aplicação da lei de anistia, como será detalhado a frente.

Deste modo, a interpretação prevalecente aplicada à Lei de Anistia brasileira impossibilitou, por muitos anos, a investigação, esclarecimento e conhecimento público dos fatos e eventual persecução penal dos agentes estatais envolvidos nos graves delitos cometidos



durante a ditadura militar brasileira. Os inquéritos policiais que visavam investigar crimes graves, tais como homicídios, torturas, seqüestros, abusos sexuais, entre outros, cometidos contra opositores do regime ditatorial, foram arquivados sob o argumento de que a Lei nº 6.683/79 havia extinguido a punibilidade dos agentes envolvidos.

Neste sentido, vale destacar procedimento iniciado em 1992 pelo Ministério Público do Estado de São Paulo mediante o qual requisitou a instauração de inquérito policial para apurar as circunstâncias do homicídio de Vladimir Herzog, o qual morreu em decorrência das torturas sofridas nas dependências do DOI/CODI de São Paulo em 1975<sup>6</sup>. No entanto, impetrado *habeas corpus* por um dos investigados, a 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo determinou o trancamento do inquérito policial, por considerar que os crimes praticados teriam sido objeto de anistia. Essa decisão foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça em 18 de agosto de 1993<sup>7</sup>.

Assim mesmo, importante referir-se à investigação criminal referente ao atentado à bomba no Riocentro em 30 de abril de 1981. Fatos que motivaram diversas tentativas de reabertura da investigação<sup>8</sup> após o Inquérito Policial Militar realizado, o qual concluiu que a autoria dos fatos teria sido de opositores políticos do regime militar<sup>9</sup>. Contudo, em 1988, o Superior Tribunal Militar declarou, de ofício, extinta a punibilidade dos autores do fato delituoso, pela ocorrência da anistia<sup>10</sup>. Em 1996, houve novo pedido de reabertura da investigação<sup>11</sup>, quando a mesma Corte – embora tenha reconhecido a existência de indícios de autoria militar nos graves crimes – arquivou novamente o procedimento em decorrência da declaração da anistia.

Recentemente, novas iniciativas judiciais, com o mesmo objetivo foram efetivadas, e aguardam decisão. Por exemplo, em face ao reconhecimento da competência da Justiça Federal para apurar os crimes cometidos por agentes públicos sob a coordenação das Forças Armadas durante o regime militar brasileiro, o Ministério Público Federal instaurou procedimentos para apurar responsabilidade penal. Em julho de 2008 o Ministério Público Federal de Uruguaiana, no Rio Grande do Sul, determinou a instauração de inquérito policial com o objetivo de investigar o desaparecimento de Lorenzo Ismael Viñas e Jorge Oscar Adur,

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Representação Criminal nº 4-0/DF.



<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> A Ação Declaratória nº 136/76, decidida em 28 de outubro de 1978, reconheceu que o jornalista Vladimir Herzog foi preso ilegalmente, torturado e morto por agentes do Departamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército (DOI/CODI-SP).

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Recurso Especial nº 33.782-7/SP. Julgamento de 18/08/1993. Quinta Turma. Relator Ministro José Dantas.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Representação nº 1.054-4/RJ.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Correição Parcial nº 1.241-1/RJ.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Representação nº 1.067-7/DF.

opositores ao regime militar de origem argentina que desapareceram na fronteira gaúcha em 1980<sup>12</sup>.

O Ministério Público Militar utilizando a tese de que seqüestro de pessoas não encontradas são crimes permanentes, reabriu investigações sobre desaparecimentos políticos do regime militar<sup>13</sup>.

No plano cível, em 2008 foi impetrada uma Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal em face da União Federal, Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel com o objetivo de defender os "direitos constitucionais dos cidadãos à verdade, à moralidade e a probidade, mediante a defesa do regime democrático e do patrimônio público e social"<sup>14</sup>. A ação busca a declaração judicial da responsabilidade pessoal dos réus USTRA e MACIEL e a sua condenação ao afastamento de funções públicas.

Desse modo, a despeito da interpretação inicialmente aplicada à Lei de Anistia, segundo a qual esta impediria a responsabilização de agentes que cometeram graves violações aos direitos humanos durante o regime militar, diversas iniciativas judiciais têm buscado demonstrar que tal interpretação não coaduna com os direitos e garantias expostos na Constituição da República Federativa do Brasil, bem como com as regras de Direito Internacional às quais o Brasil se submeteu, comprovando, assim, evidente controvérsia jurídica.

### 3. Do diálogo entre o Direito Internacional e o direito interno

A partir do processo de democratização do Brasil e, especialmente, com o advento da Constituição de 1988, que introduziu o primado da prevalência dos direitos humanos como princípio orientador das relações internacionais, o país passou a ratificar importantes tratados em matéria de direitos humanos. Assim mesmo, a extensa referência da Constituição Federal à dignidade humana e ao Estado Democrático de Direito permite ampliar o diálogo entre o ordenamento interno e as categorias normativas internacionais protetoras dos direitos fundamentais, dentre os quais os tratados internacionais sobre a matéria e o costume internacional.

Assim, esta Egrégia Corte vem reconhecendo a importância desta interação bem como a força normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos e do costume

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Ação Civil Pública n. 2008.61.00.011414-5, página 9.



<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> MPF. *MPF/SP pede investigação de mortes e seqüestros cometidos durante a ditadura*. Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/criminal/24-06-08-2013-mpf-pede-investigacao-de-mortes-e-sequestros-cometidos-durante-a-ditadura/, acessado em 17 de agosto de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Folha Online. *Procuradoria reabre apuração sobre desaparecidos no regime militar*, de 22 de junho de 2009. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u584428.shtml. Acesso em: 15 de julho de 2009.

internacional em conjunto com o direito nacional para a efetiva proteção dos direitos humanos no Brasil.

Destaca-se, neste contexto, a importante e recente decisão de auferir hierarquia supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

A este respeito, destacamos trecho do emblemático voto proferido pelo Excelentíssimo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento do RE 466.343-1/SP, no qual evidenciou "uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial ao prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano." <sup>15</sup> E afirmou que:

"[...] a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional" 16.

Nesse sentido, demonstrando o prestígio conferido às normas internacionais, no julgamento do RE 511.961, em que se discutiu a constitucionalidade da exigência do diploma de jornalismo e a obrigatoriedade de registro profissional para exercer a profissão de jornalista, os membros desta Egrégia Corte Suprema entenderam que as exigências contidas no Decreto-Lei 972/1969, editado durante o regime militar, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que as exigências nele contidas ferem a liberdade de imprensa e contrariam o direito à livre manifestação do pensamento inscrita no artigo 13 da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Assim, a partir do reconhecimento da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e a conseqüente abertura da Constituição à normativa e prática internacionais, estas passam a constituir importante instrumento para a efetivação da proteção dos direitos humanos no plano nacional.

Para tanto, segundo PIOVESAN, é necessário realizar uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, especialmente em face dos valores da dignidade humana e dos direitos humanos como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. Neste sentido, a abertura da Constituição à normativa internacional resulta na ampliação do "bloco de constitucionalidade", que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais<sup>17</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. Disponível em: www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/0000034-001\_FlaviaPioveasn.pdf. Acessado em 31/03/2009.



-

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1, São Paulo, relator Ministro Cezar Peluso, recorrente Banco Bradesco S/A e recorrido Luciano Cardoso Santos, 22 de novembro de 2006, p. 18

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Ibid, p. 18.

Neste processo de abertura constitucional com tratamento especial aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, o Poder Judiciário possui um papel fundamental na incorporação dos valores e princípios orientadores da proteção internacional dos direitos humanos, conforme destacou o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello em importante voto quando do julgamento do HC 87.585-8, em 12 de março de 2008, ao afirmar que:

"o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário". <sup>18</sup>

[...] "É dever dos órgãos do Poder Público - e notadamente dos juízes e Tribunais - respeitar e promover a efetivação dos direitos humanos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana." <sup>19</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também se pronunciou quanto ao importante papel dos Judiciários nacionais na aplicação do Direito Internacional na sentença do caso *Almonacid Arellano* contra o Chile:

"[...] quando um Estado ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos à mesma, o que os faz velar para que os efeitos dos dispositivos convencionais não sejam minguados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim [...]"<sup>20</sup>.

Por fim, é importante assinalar que ao ratificar os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, o Estado parte assume obrigações que vinculam todos os seus Poderes Políticos, dentre as quais o dever de respeitar e garantir os direitos reconhecidos nestes instrumentos e o de adequar a normativa interna aos dispositivos dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Estado é parte.<sup>21</sup>

No tocante às obrigações do Estado decorrentes de instrumentos internacionais, o Excelentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski, em voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510-0, defendeu que o Brasil "está obrigado a dar concreção a seus preceitos no âmbito dos três poderes que integram sua estrutura estatal, sob pena de negar

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe explicitamente a respeito dos deveres dos Estados parte em seus artigos 1º e 2º, os quais respectivamente definem a obrigação de respeitar e garantir os direitos reconhecidos na Convenção; e a obrigação de adequar o direito interno.



<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 87.585-8, Tocantins. Voto do Ministro Celso de Mello em 12/03/2008, p. 6-7.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 87.585-8, Tocantins. Voto do Ministro Celso de Mello em 12/03/2008, p. 7-8.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Corte IDH. *Almonacid Arellano y otros* vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154, parágrafo 124. (nossa tradução)

consequência jurídica à manifestação de vontade, formal e solene, que exteriorizou no âmbito internacional."<sup>22</sup>

Nesse contexto, é importante recordar que o Brasil é parte, dentre outros, dos seguintes tratados referentes à temática aqui discutida:

- Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>23</sup>;
- Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>24</sup>;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>25</sup>;
- Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura<sup>26</sup>;
- Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>27</sup>;

Assim mesmo, o Brasil assinou, mas ainda não ratificou, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas do Desaparecimento Forçado<sup>28</sup>, em 6 de fevereiro de 2007 e a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas<sup>29</sup>, assinada em 10 de junho de 1994.

É com base nessas premissas que o CEJIL apresenta sua manifestação, esperando que as ferramentas aportadas possam contribuir para a análise desta presente ação à luz das obrigações internacionais do Estado brasileiro e da prática internacional quanto à aplicação de leis de anistia em caso de graves violações de direitos humanos, na compreensão que os parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos têm exigido verdade, justiça e reparação integral como corolário da proteção de direitos fundamentais.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Adotada no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994.



\_

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510-0, Distrito Federal, Relator Ministro Carlos Britto, Requerente Procurador-Geral da República, p. 17.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup>Adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984, ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Assinada pela Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos que se reuniu em São José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Ratificada pelo Brasil em 09 de julho de 1992.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Assinada no Décimo Quinto Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral em Cartagena das Índias, Colômbia, em 9 de dezembro de 1985. Ratificada pelo Brasil em 09 de junho de 1989.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Adotado pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas reunida em Roma em 17 de Julho de 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9. Ratificado pelo Brasil em 20 de junho de 2002.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de dezembro de 2006.

### III. MÉRITO

### 1. Das obrigações internacionais do Estado brasileiro

Ao ratificar tratados internacionais e se inserir na comunidade internacional o Brasil assumiu diversas obrigações que devem ser cumpridas por todos os seus órgãos e autoridades, em todas as esferas de governo, sob o risco de gerar responsabilidade internacional do Estado pelo seu descumprimento.

Cabe recordar que é um princípio de Direito Internacional universalmente reconhecido que os Estados parte a um tratado devem executar de boa fé tanto o texto do tratado como as obrigações que surgem deste (*pacta sunt servanda*). Neste sentido, a legislação interna não pode ser invocada a fim de justificar o não cumprimento de obrigações internacionais ou mudanças na forma de implementá-las. Tal princípio foi reconhecido repetidamente pela jurisprudência internacional e nos textos internacionais ao longo dos anos<sup>30</sup>.

Conforme exposto acima, o Brasil é parte de diversos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos tanto no âmbito da Organização das Nações Unidas quanto no plano regional, na Organização dos Estados Americanos. Os diversos órgãos encarregados de supervisionar a implementação dos tratados dos quais o Brasil é parte adotaram, de forma reiterada, pronunciamentos e decisões reconhecendo a existência de obrigações internacionais de natureza consuetudinária e convencional com relação a graves violações aos direitos humanos e crimes de lesa humanidade<sup>31</sup>, incluindo violações ao direito à vida, à proibição da

Após Nuremberg, adotou-se uma série de instrumentos e de resoluções no contexto das Nações Unidas reconhecendo e consolidando os princípios de Nuremberg e a noção de crimes de lesa humanidade. Crimes considerados como de lesa humanidade em instrumentos subseqüentes, não especificamente mencionados no Estatuto de Nuremberg, e que foram definidos como tais no Estatuto de Roma, incluem: *apartheid*, qualificado como tal na Convenção



\_

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Já a Corte Permanente de Justiça Internacional declarou de forma reiterada que a legislação interna não pode ser invocada para justificar o não cumprimento das obrigações internacionais. Ver, por exemplo, os casos: *Greco-Bulgarian Communities*, 1930, PCIJ, Séries B N° 17, p. 32; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, 1930, PCIJ, Séries A, N° 24, p.12; *Treatment of Polish Nationals*, 1932, PCIJ, Séries A/B, N° 44, p. 4 at 24. O artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados declara: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado." A Corte Interamericana também declarou que: "*Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia." Corte I.D.H., <i>Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinião Consultiva OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994, Série A No. 14, para. 35.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> O conceito de crime de lesa humanidade é conhecido desde a Primeira Guerra Mundial, tendo origem, entre outros, nas tentativas de processar os responsáveis pelo massacre da minoria armênia pelo governo otomano. Entretanto, somente após a Segunda Guerra Mundial e diante da abominável política de extermínio do governo nazista, o conceito de crime de lesa humanidade foi consolidado. A noção de crime de lesa humanidade abrange a prática de certos crimes considerados de natureza tão grave que constituem um ataque à dignidade humana. Tais crimes não são atos isolados ou esporádicos, mas sim parte de uma prática maciça ou sistemática que, ou fazem parte da política deliberada de um governo, ou são toleradas ou cometidas com a anuência do governo ou das autoridades. Ver Cassesse, Antonio, *International Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> Ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2008, p. 98. Ver também decisão do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, paras. 579-581.

tortura, e desaparecimentos forçados; e recomendando, entre outras, a incompatibilidade da aplicação de anistias e outros institutos legais e/ou práticos nos casos descritos com os respectivos tratados.

Considerando o objeto da presente ADPF, na sequência será apresentada uma análise detalhada da normativa, jurisprudência e prática internacionais referentes à incompatibilidade da Lei de Anistia com as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional, de acordo com o marco normativo e pronunciamentos dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos assim com aquelas que emanam do direito à verdade.

### 2. Do direito à verdade

O direito ao esclarecimento dos fatos nos casos de violação aos direitos humanos é um direito exercido não só pelas vítimas e por seus familiares, como também por toda a sociedade. O direito à verdade permite que as vítimas diretas de tais violações, seus familiares e a sociedade tomem conhecimento das informações em poder do Estado relativas às violações cometidas.

A atual evolução da visão progressiva do direito à verdade encontra seu principal motor no sistema de proteção da Organização das Nações Unidas (ONU). O "Conjunto de Principios Actualizados para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad", proclamado pela Comissão de Direitos Humanos da ONU em 1998, consagra o direito coletivo à verdade e o dever correspondente de recordar, por parte do Estado, de modo a prevenir futuras violações de direitos humanos e deformações históricas<sup>32</sup>. Os Princípios se referem às vítimas e seus familiares, apontando que estes possuem "o direito imprescritível de conhecer a verdade acerca das circunstâncias em que se cometeram as violações e, em caso de falecimento ou desaparecimento, acerca do que ocorreu com a vítima" (tradução nossa), independentemente das ações que possam ajuizar perante a Justiça<sup>33</sup>.

Internacional sobre a Repressão e o Castigo do Crime de Apartheid; a prática sistemática de desaparecimento forçado de pessoas, reconhecida como crime de lesa humanidade na Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, a Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados e a Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados e a Convenção Internacional para a Desaparecimento Forçado de Pessoas; estupro, incluído nos estatutos dos tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda na lista de crimes de lesa humanidade; prisão ou detenção, incluído nos estatutos dos tribunais para a Ex-Iugoslávia e Ruanda como ato que pode constituir crime de lesa humanidade.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> "el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima". O princípio 4, o Derecho de las Víctimas a Saber, consagra que: "Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las



<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Os princípios são inspirados no "Informe Final del Relator Especial sobre la Impunidad y Conjunto de Principios para la Protección de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad", elaborado por Louis Joinet, de 26 de junho de 1997, e atualizados pela especialista Diane Orentlicher, de forma mais recente em 18 de fevereiro de 2005. Ver "Conjunto de Principios Actualizados para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad" de 8 de fevereiro de 2005, E/CN.4/2005/102/Add.1

Mais recentemente, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, este direito à verdade também foi manifestamente reconhecido pela Assembléia Geral da OEA, mediante sua resolução "Direito à Verdade" adotada em 5 de junho de 2007<sup>34</sup>. Na mesma, os Estados da região destacaram:

"[O] compromisso que deve adotar a comunidade regional a favor do reconhecimento do direito das vítimas de violações flagrantes aos direitos humanos e violações graves ao Direito Internacional Humanitário, bem como de suas famílias e da sociedade em seu conjunto, de conhecer a verdade sobre tais violações da maneira mais completa possível, em particular a identidade dos autores e as causas, os fatos e as circunstâncias em que ocorreram".

Considerando esse compromisso, a Assembléia Geral resolveu: "[r]econhecer a importância de respeitar e garantir o direito à verdade a fim de contribuir para acabar com a impunidade e promover e proteger os direitos humanos"<sup>35</sup>.

O direito à verdade foi reconhecido em termos semelhantes mediante Resolução aprovada pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em 20 de abril de 2005, a qual adotou posição que em casos de graves violações de direitos humanos, é necessário estudar a correlação entre o direito à verdade e o direito à justiça, o direito a obter reparação, e outros direitos humanos<sup>36</sup>. A Comissão de Direitos Humanos especificou também que o direito à verdade pode ser caracterizado em alguns sistemas legais como o direito a conhecer, ser informado, e ter acesso à informação.<sup>37</sup>

Dando continuidade a uma concepção moderna e progressiva do direito à verdade, no ano de 2006 o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos apresentou um documento entitulado "*Estudio sobre el Derecho a la Verdade*", no qual apontou que "o direito à verdade sobre as violações manifestas de direitos humanos e as infrações graves do direito humanitário **é um direito autônomo e inalienável**" (tradução nossa)<sup>38</sup>. O Alto Comissariado conclui, ademais, que o direito à verdade:

"Está estreitamente relacionado com o dever do Estado de proteger e garantir os direitos humanos, e com sua obrigação de realizar investigações eficazes das violações manifestas de direitos humanos e das infrações graves do direito humanitário, assim como de garantir recursos efetivos e reparação. O direito à verdade também guarda

víctimas y sus familias tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima".

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> "[e]l derecho a la verdad sobre violaciones manifiestas de los derechos humanos y las infracciones graves del derecho humanitario **es un derecho autónomo e inalienable**". Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Estudio Sobre el Derecho a la Verdad*, de 9 de janeiro de 2006. E/CN.4/2006/91, par. 55. (grifo nosso)



<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Assembléia Geral, AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07), 5 de julho de 2007; disponível em: http://www.oas.org/37ag/docs/por/completop02.doc. Acesso em: 10 de julho de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Assembléia Geral, AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07), 5 de julho de 2007; disponível em: http://www.oas.org/37ag/docs/por/completop02.doc. Acesso em: 10 de julho de 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Office of the High Commissioner for Human Rights, 59<sup>a</sup> Sessão, 20 Abril de 2005, E/CN.4/2005/L.10/Add.17.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Office of the High Commissioner for Human Rights, 59<sup>a</sup> Sessão, 20 Abril de 2005, E/CN.4/2005/L.10/Add.17.

estreita relação com o estado de direito e os princípios da transparência, da responsabilidade e da boa gestão dos assuntos públicos em uma sociedade democrática.

O direito à verdade está estreitamente vinculado com outros direitos, como o direito a um recurso efetivo, o direito à proteção jurídica e judicial, o direito à vida familiar, o direito a uma investigação eficaz, o direito a ser ouvido por um tribunal competente, independente e imparcial, o direito a obter reparação, o direito a não sofrer torturas nem maus-tratos e o direito de solicitar e difundir informação" (tradução nossa) <sup>39</sup>.

No âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, a Comissão Interamericana afirmou esse direito ao declarar:

"Toda a sociedade tem o direito inalienável de conhecer a verdade sobre os acontecimentos relativos ao seu passado, assim como sobre os motivos e as circunstâncias em que os crimes aberrantes foram cometidos, para que seja possível a prevenção de tais atos no futuro." 40

Mais recentemente, a Comissão tem considerado que o direito à verdade tem alicerce nas obrigações gerais do Estado e nos direitos à proteção judicial e à liberdade de expressão, reconhecidos nos artigos 1.1, 8 e 13 da Convenção<sup>41</sup>. Com efeito, nos Relatórios nº 1/99 e nº 136/99 contra El Salvador, relativos ao Decreto de Anistia adotado naquele país, a Comissão sustentou que o dever do Estado de oferecer aos familiares das vítimas e à sociedade em geral informação a respeito das circunstâncias relativas às graves violações e da identidade de seus agressores.

A Corte Interamericana também reconheceu o direito à verdade como um direito em si mesmo:

"A Corte tem reiterado que toda pessoa, incluindo os familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos, tem o direito de conhecer a verdade. Conseqüentemente, os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados de tudo o que sucedeu com relação a tais violações. Nesse sentido, o direito à verdade vem sendo desenvolvido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos; ao ser reconhecido e exercido em uma situação concreta constitui um meio importante de reparação.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> "... dicha Comisión no tuvo el carácter de una corte o tribunal y la función judicial quedó expresamente reservada para los tribunales salvadoreños. En consecuencia, dicha Comisión careció de competencia para establecer sanciones o para ordenar el pago de compensaciones en relación con los hechos investigados y establecidos". "En virtud de lo expuesto, la CIDH concluye que la aplicación del Decreto de Amnistía eliminó la posibilidad de emprender nuevas investigaciones judiciales tendientes a establecer la verdad mediante el poder judicial y afectó el derecho de los allegados a las víctimas y de toda la sociedad a conocer la verdad". Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Chile, Relatório 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 e 11.705, 7 de abril de 1998, Supra, nota 94.



<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> "Está estrechamente relacionado con el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, y con su obligación de realizar investigaciones eficaces de las violaciones manifiestas de los derechos humanos y de las infracciones graves del derecho humanitario, así como de garantizar recursos efectivos y reparación. El derecho a la verdad también guarda estrecha relación con el estado de derecho y los principios de la transparencia, la responsabilidad y la buena gestión de los asuntos públicos en una sociedad democrática. (...)El derecho a la verdad está estrechamente vinculado con otros derechos, como el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la protección jurídica y judicial, el derecho a la vida familiar, el derecho a una investigación eficaz, el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial, el derecho a obtener reparación, el derecho a no sufrir torturas ni malos tratos y el derecho a solicitar y a difundir información". Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Estudio Sobre el Derecho a la Verdad, de 9 de janeiro de 2006. E/CN.4/2006/91, paras. 56 e 57.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1985-86, OEA/Ser. L/V/II.68, Doc. 8, ver.1, 26 de setembro de 1986, ch. V, p. 205.

Portanto, neste caso, o direito de conhecer a verdade dá lugar a uma expectativa de que o Estado deve satisfazer aos familiares das supostas vítimas."<sup>42</sup>

Em casos de graves violações aos direitos humanos e crimes de lesahumanidade, os organismos internacionais têm defendido que a verdade deve ser restabelecida por meio de processos judiciais, o que muitas vezes tem sido impedido por medidas legislativas de âmbito interno, como leis de anistia, as quais, como se verá no próximo capítulo, foram reiteradamente declaradas contrárias ao Direito Internacional.

A Corte Interamericana considerou que procedimentos alternativos de investigação não substituem a necessidade de estabelecer a verdade por meio de processos judiciais. No caso *Almonacid Arellano v. Chile*, a Corte declarou que, apesar do trabalho importante realizado pelas comissões de investigação não judiciais (Comissões da Verdade), a verdade deve ser estabelecida por meio de processos judiciais, declarando que:

"Não obstante, sem desconhecer o anterior, a Corte considera pertinente precisar que a "verdade histórica" contida nos informes das citadas Comissões não pode substituir a obrigação do Estado de alcançar a verdade através dos processos judiciais." <sup>43</sup> (tradução nossa).

A Corte também especificou que em casos de graves violações aos direitos humanos, as obrigações positivas inerentes ao direito à verdade exigem a adoção de estruturas institucionais que permitam a este direito realizar-se da forma mais completa possível e que:

"... [a] satisfação da dimensão coletiva do direito à verdade exige a determinação processual da mais completa verdade histórica possível, a qual inclui a determinação judicial dos padrões de atuação conjunta e de todas as pessoas que de diversas formas participaram de ditas violações e suas correspondentes responsabilidades. Dita investigação deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios." <sup>44</sup> (tradução nossa).

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> "...[l]a satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. Dicha investigación debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios". Corte IDH. Caso do Masacre da Rochela vs. Colombia. Supra, nota 95, para. 195. Ver também Caso Goiburú e outros vs. Paraguai. Supra, nota 65, para. 117.



<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> "La Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad se ha venido desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>42</sup>; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta constituye un medio importante de reparación. Por tanto, en este caso, el derecho a la verdad da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas". Corte IDH, Caso Carpio Nicolle e otros vs Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2004. Série C No. 11711, para. 128; Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparações e Custas, Sentença de 19 de novembro 2004. Série C No. 116, para. 97. Segundo a Corte, o cumprimento da obrigação de investigar, processar e, de acordo com o resultado do processo, punir os responsáveis em casos de violações graves aos direitos humanos serve para garantir os direitos protegidos pela Convenção de acesso à justiça e ao conhecimento da verdade.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Supra, nota 20, para. 150.

#### 3. Do contexto histórico

Entre 1964 e 1985, o Brasil foi governado por um regime militar que adotou, de forma centralizada e sistemática, uma série de medidas tanto legislativas como práticas com o fim de reprimir as diversas formas de oposição ao regime então vigente. Essa repressão teve como uma de suas principais características a violação sistemática aos direitos humanos, muitas vezes por meio de violações graves aos direitos fundamentais como a efetiva prática da tortura e violações ao direito à vida por meio de execuções extrajudiciais ou desaparecimentos forçados.

Em um contexto ideológico de profundo anticomunismo plasmado na Doutrina da Segurança Nacional, e sob um esquema normativo-jurídico constituído por diversas leis de segurança, destinadas a proporcionar uma "cobertura jurídica à escalada repressiva", o regime militar do Estado organizou um aparato institucional integrado e piramidal, um "gigantesco aparato repressivo", que nos seus "anos de chumbo" se orientou ao extermínio dos opositores políticos. <sup>47</sup>

O Estado brasileiro reconheceu, por meio da publicação *Direito à Memória e à Verdade - Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos*, que:

"... os órgãos de repressão podiam dispor sobre a vida e a morte dos presos políticos. Não necessitavam de nenhuma justificativa para seus atos. Prendiam, torturavam, executavam e faziam desaparecer os corpos das vítimas, sem dar satisfação a tribunais, advogados, familiares, amigos e a nenhum setor da sociedade civil. As próprias leis inconstitucionais do regime eram violadas rotineiramente" <sup>48</sup>.

Assim, opositores e insurgentes políticos, além de supostos colaboradores, passaram a ser o alvo da repressão do Estado. A repressão, perseguição e eliminação, em distintos graus, alcançaram todos aqueles setores da sociedade em aberta oposição política à ditadura. Estudantes universitários, sindicatos, intelectuais e artistas, grupos de resistência urbana e rural, organizações religiosas e civis e partidos políticos, foram objeto de uma repressão e eliminação generalizada e sistemática. Práticas como o desaparecimento forçado e a tortura se converteram, em certas etapas do regime, em "rotina" <sup>49</sup>. A incidência e intensidade da repressão contra cidadãos brasileiros não deixa dúvida a respeito de sua perversa magnitude e pode ser verificada nos poucos índices contabilizados relativos ás graves violações perpetradas:

"[C]erca de 50 mil pessoas foram presas somente nos primeiros meses da ditadura; cerca de 20 mil pessoas foram submetidas a torturas durante a ditadura; há 354 mortos e desaparecidos políticos, conforme o último levantamento da [CEMDP]; 7.367 acusados

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Secretaria Especial de Direitos Humanos. *Direito à Memória e à Verdade*, Op. cit. pág. 21



-

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Secretaria Especial de Direitos Humanos. *Direito à memória e à verdade*, Op. cit. pág. 19

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Secretaria Especial de Direitos Humanos. *Direito à memória e à verdade*, Op. cit. pág. 23

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> GASPARI, Elio. A Ditadura Escancarada, pág. 380.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, *op. cit.*, pág. 48.

e 10.034 atingidos na fase de inquérito em 707 processos judiciais por crimes contra a segurança nacional que foram estudados no projeto Brasil Nunca Mais; milhares de presos por motivos políticos; 130 banidos; 4.962 cassados; 6.592 militares atingidos; grande número de exilados; e centenas de camponeses assassinados"<sup>50</sup>.

No mesmo sentido, os números da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, criada para implementar a política de reparação aos perseguidos políticos prevista no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e regulamentado pela Lei nº 10.559, evidencia a extensão da perseguição política durante o regime militar. Segundo dados divulgados em publicação recente<sup>51</sup>, há um total de 64.151 requerimentos de anistia política por perseguidos políticos na Comissão, sendo que já foi concedida a declaração de anistiado a 30.967 pessoas.

Dessa forma, resta configurado um quadro de repressão generalizada contra a população civil que se opunha ao regime militar, que pela forma sistemática e centralizada na qual foram cometidas as violações aos direitos humanos perpetradas à época, podem estas ser qualificadas como crimes de lesa humanidade, o que implica no agravamento da responsabilidade internacional do Estado e obrigações específicas, como será visto.

Ainda nos últimos anos do governo militar, como resposta à grande pressão popular pelo restabelecimento da democracia, foi editada pelo regime a Lei n.º 6.683/79, cujo objetivo era conceder o perdão aos militantes e cidadãos que, na luta pela democratização, tivessem sido processados pela legislação de exceção do regime autoritário.

Apesar da letra da Lei não ter anistiado os agentes públicos que participaram da atividade repressiva, a interpretação aplicada à Lei de Anistia, além de ter significado um empecilho legal para a investigação e punição dos inúmeros agentes públicos que cometeram crimes durante o regime militar, como vistos nos casos citados no item II.2, também consistiu em um óbice para o conhecimento das circunstâncias dos crimes e localização dos corpos das pessoas desaparecidas. Se as investigações tivessem sido iniciadas com os consequentes processos judiciais para a apuração das responsabilidades pelos desaparecimentos e mortes realizados, provavelmente outro seria o panorama atual de desconhecimento da história e absoluta impunidade.

Desta forma, o esclarecimento dos fatos relacionados aos crimes cometidos pelo governo ditatorial no Brasil nunca foi alcançado. As famílias dos mortos e desaparecidos políticos continuam sem saber as circunstâncias das mortes e desaparecimentos forçados de seus

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Ministério da Justiça. Revista Anistia Política e Justiça de Transição. Nº 1 (jan/jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 17.



\_

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Comissão de familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo. Dossiê Ditadura: Mortos e desaparecidos Políticos no Brasil.

entes queridos e muitos continuam tendo negado seu direito a um sepultamento digno. Assim mesmo, tem-se negado à sociedade o direito à verdade, o direito a conhecer os fatos referentes ao seu passado, a fim de que possam tomar decisões fundamentadas relativas ao seu futuro.

A liberdade de expressão, em seu caráter coletivo do direito de acessar informação, é a maior aliada da democracia e do Estado de Direito. Ela também é continuamente negada pela falta de abertura dos arquivos da ditadura, da inconsequente promulgação de normativas que permitem o sigilo de documentos essenciais ao esclarecimento dos fatos do passado e ao conhecimento da verdade a respeito das graves violações aos direitos humanos cometidas no Brasil.

a. A verdade conhecida sobre os crimes ocorridos durante o regime ditatorial

Por meio da Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995, o Estado brasileiro reconheceu responsabilidade pelo assassinato de opositores políticos durante o regime militar<sup>52</sup> e estabeleceu certas medidas para assegurar reparação a determinadas vítimas, inclusive por meio da criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP). Subsequentemente, em 2007, o Estado participou da preparação e publicação de um relatório intitulado *Direito à Memória e à Verdade*, o qual contém um relato do contexto e das estruturas da repressão levada a cabo durante o regime militar<sup>53</sup>.

Apesar de reconhecer o trabalho desta Comissão, a mesma não constitui uma comissão de verdade. A maioria das informações utilizadas para a realização de seu trabalho foi "levantada por familiares e advogados, tomando por base depoimentos de ex-presos políticos, de agentes do Estado e pessoas envolvidas no processo de repressão, bem como analisando reportagens de imprensa e documentos encontrados em arquivos públicos." <sup>54</sup>

Ou seja, grande parte da documentação utilizada para a elaboração do relatório foi juntada pelos postulantes à Comissão Especial e era resultado das intermináveis buscas das vítimas da repressão e dos familiares de mortos e desaparecidos políticos por verdade ou informação que pudesse esclarecer as circunstâncias em que ocorreram os crimes. Importante ressaltar que o acesso a documentação oficial sempre foi difícil e que até hoje a maioria dos documentos sobre a repressão política no país não foi disponibilizado à sociedade.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília, 2007, p. 17-18.



\_

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Posteriormente ampliado para o período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, por meio da Lei nº 10.875, de 1º de junho de 2004.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília, 2007.

A própria Comissão Especial, em seu relatório, expõe que "sempre foi muito difícil o acesso a documentos probatórios"<sup>55</sup> e que há "necessidade de se permitir amplo acesso a [arquivos públicos], ou mesmo privados, para consulta e esclarecimento da realidade das mortes."<sup>56</sup> Ou seja, além da inexistência de uma investigação séria e eficaz sobre os crimes cometidos, os procedimentos perante a Comissão Especial foram prejudicados pela falta de pleno e amplo acesso à informação e documentos referentes aos assassinatos e desaparecimentos analisados, e pela pouca cooperação de outros órgãos do Estado com o esclarecimento da verdade<sup>57</sup>.

Portanto, é impossível considerar que houve real esclarecimento das circunstâncias das torturas, mortes e desaparecimentos das vítimas da repressão militar. Ao contrário, face ao caráter sistemático e centralizado dos crimes cometidos, constituindo graves violações aos direitos humanos e/ou crimes de lesa humanidade, a falta de uma investigação e processo judicial, conforme determinado pelo Direito Internacional, representou um real obstáculo ao direito à verdade das famílias das vítimas e da sociedade como um todo.

### 4. Da proibição do uso de leis de anistia como obstáculo ao direito à verdade e à justiça

Como será demonstrado a seguir, a aplicação de leis de anistia para graves crimes contra os direitos humanos é prática condenada pelo sistema universal de direitos humanos, no âmbito da Organização das Nações Unidas, pelo sistema interamericano, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, bem como pelo direito consuetudinário internacional.

Além disso, certos atos violatórios aos direitos humanos de extrema gravidade são considerados pela comunidade internacional como violatórios de normas de origem consuetudinária reconhecidas como obrigatórias pela comunidade internacional como um todo, tendo adquirido caráter de *jus cogens*<sup>58</sup>. As principais características destas normas são a

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> O artigo 53 da Convenção de Viena sobre "Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens)" estabelece: "... Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza."



<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília, 2007, p. 38.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília, 2007, p. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília, 2007, p. 43.

obrigatoriedade e a irrelevância de protestos, aquiescência ou reconhecimento e a impossibilidade de sanear este tipo de ilegalidade<sup>59</sup>.

Diversos órgãos internacionais tiveram a oportunidade de se pronunciar a respeito da proibição absoluta de certas violações aos direitos humanos, as quais consideraram, em diversas oportunidades, como normas de *jus cogens*. Dentre elas, destacam-se o crime de genocídio<sup>60</sup>; a prática de tortura - reconhecida como tal por tribunais penais internacionais<sup>61</sup>, pela Corte Européia de Direitos Humanos<sup>62</sup>, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>63</sup>, pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU<sup>64</sup>-; os crimes de lesa humanidade<sup>65</sup>; e o crime de desaparecimento forçado de pessoas<sup>66</sup>.

Uma das consequências das normas imperativas do Direito Internacional é que, destarte a ratificação de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, não se reconhecem as leis de anistias ou outros obstáculos legais à investigação e processamento judicial das pessoas responsáveis pelos crimes assim classificados. Assim mesmo, essas normas possibilitam a persecução penal perante outras jurisdições competentes nos âmbitos nacional e internacional<sup>67</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> O Tribunal declarou: "The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the inter-state and individual levels. At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimize any legislative, administrative or judicial act authorizing torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the jus cogens value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture



<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Ver Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 5<sup>a</sup> Edição., Oxford, Claredon Press, 1998, p. 516.

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> Em 1969, a Corte Internacional de Justiça no *Caso Barcelona Traction* declarou como normas de *jus cogens* o genocídio, e os princípios e regras fundamentais relativas à pessoa humana, inclusive a proteção contra a escravidão e a discriminação racial. Corte Internacional de Justiça. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain); Second Phase.* 5 de fevereiro de 1970. ICJ Reports (1970), paras. 33-34.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Em 1998, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslavia considerou que a prática da tortura viola norma de *jus cogens*, o que tem como conseqüência a responsabilidade internacional do Estado, caso este adote normas contrarias à sua proibição. "By contrast, in the case of torture, the mere fact of keeping in force or passing legislation contrary to the international prohibition of torture generates international State responsibility." Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (ICTY). Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgment). IT-95-17/1-T. 10 de dezembro de 1998, para 150.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Em 2001, a Corte Européia de Direitos Humanos reconheceu igualmente que a proibição da tortura é uma norma de *jus cogens* com conseqüências penais para os indivíduos responsáveis. Européia de Diretos Humanos. *Al-Adsani v. Reino Unido*. Julgamento de 21 de novembro de 2001, para. 61.

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Em 2004, a Corte Interamericana declarou que a proibição da tortura é uma norma de *jus cogens*. Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C No. 114, para 143.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> O Comitê de Direitos Humanos, órgão criado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, referiu-se à proibição da tortura e da privação arbitrária do direito à vida, como exemplos de normas de *jus cogen*. Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral N° 24, *Observação geral sobre questões relacionadas com as reservas formuladas na ocasião da ratificação do Pacto ou de seus Protocolos Facultativos, o da adesão a estes, ou com relação com as declarações feitas conforme ao artigo 41 do Pacto, 52° período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 187 (1994)*, para. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> Em 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que a proibição de cometer crimes de lesa humanidade é uma norma de *jus cogen*. Corte IDH. *Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C No. 153, para. 84.

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> A Corte Interamericana declarou em 2006 que a proibição a tais atos assim como o dever de investigar e sancionar os responsáveis alcançaram caráter de *jus cogens*. Corte IDH. *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Exceções Preliminares. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C No. 118, para. 105.

### a. O Sistema Universal de Direitos Humanos

O Comitê de Direitos Humanos, órgão criado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e encarregado de supervisionar a sua implementação, declarou, tanto em suas Observações Gerais sobre as obrigações dos Estados Partes daquele tratado, assim como em suas recomendações no contexto do exame de comunicações individuais e na conclusão da análise dos relatórios apresentados periodicamente pelos Estados Partes, que a adoção e aplicação de anistias a violações graves de direitos humanos são incompatíveis com as disposições do Pacto. Esses pronunciamentos têm sido adotados de forma consistente mesmo em casos onde as violações ocorreram anteriormente à ratificação do Pacto pelo Estado em consideração.

Assim, em sua Observação Geral N° 31, o Comitê declarou que:

"Quando as investigações ... revelam violações de determinados direitos do Pacto, os Estados Partes devem velar para que os responsáveis sejam submetidos à Justiça. Assim como ocorre com a insuficiência de investigação, a falta de submissão à Justiça dos autores dessas violações podia por si constituir uma violação separada do Pacto. Essas obrigações surgem, em particular, com respeito às violações reconhecidas como delitivas conforme o direito interno ou o direito internacional, como a tortura ou os tratos cruéis, desumanos ou degradantes similares (art. 7), a execução sumária e arbitrária (art. 6) e o desaparecimento forçado (artigos 7, 9 e, frequentemente, 6). Em realidade, o problema da impunidade com relação a essas violações, assunto que causa uma constante preocupação ao Comitê, pode constituir um elemento importante que contribui com a repetição das violações. Quando se cometem como parte de um ataque generalizado sistemático contra a população civil, essas violações do Pacto são crimes de lesa humanidade (ver o Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, art. 7).

Em conseqüência, quando funcionários públicos ou agentes do Estado cometeram violações dos direitos do Pacto a que se faz referência no presente parágrafo, os Estados-parte não podem eximir os autores de sua responsabilidade pessoal, como ocorreu com determinadas anistias (ver a Observação geral Nº 20 (44)) e as imunidades e indenizações jurídicas anteriores. Além disso, nenhuma posição oficial justifica que pessoas que podem ser acusadas de responsabilidade por essas violações fiquem imunes de responsabilidade jurídica. Outros impedimentos para o estabelecimento da responsabilidade jurídica devem igualmente ser eliminados, como a defesa da obediência a ordens superiores ou períodos excessivamente breves de prescrição nos casos em que essas limitações são aplicáveis (tradução e grifo nosso).

would be null and void ab initio, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorizing or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law. If such a situation were to arise, the national measures, violating the general principle and any relevant treaty provision, would produce the legal effects discussed above and in addition would not be accorded international legal recognition. Proceedings could be initiated by potential victims if they had locus stand before a competent international or national judicial body with a view to asking it to hold the national measure to be internationally unlawful; or the victim could bring a civil suit for damage in a foreign court, which would therefore be asked inter alia to disregard the legal value of the national authorizing act. What is even more important is that perpetrators of torture acting upon or benefiting from those national measures may nevertheless be held criminally responsible for torture, whether in a foreign State, or in their own State under a subsequent regime." Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (ICTY). Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgment). IT-95-17/1-T. 10 de dezembro de 1998, para.155.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Esas obligaciones surgen, en particular, con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (art. 7), la ejecución sumaria y arbitraria (art. 6) y la desaparición forzosa (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6). En realidad, el problema de la impunidad con relación a esas violaciones, asunto que causa una constante



Em 1992, o Comitê já havia declarado que a adoção de anistias é incompatível com as obrigações do Pacto relativas à proibição da tortura<sup>69</sup>.

O Comitê confirmou essa posição no seu pronunciamento no caso *Hugo Rodríguez vs. Uruguai* em 1994, afirmando também a obrigação dos regimes posteriores de investigar violações de regimes anteriores, declarando:

"O Comitê não está de acordo com o Estado parte em que o Estado não tenha nenhuma obrigação de investigar as violações de direitos enunciados no Pacto por um regime anterior, sobretudo quando estas violações incluem delitos tão graves como a tortura. Na alínea a) do parágrafo 3 do artigo 2 do Pacto se estipula claramente que cada um dos Estados Partes no Pacto se compromete a garantir que "toda pessoa cujos direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto hajam sido violados poderá interpor um recurso efetivo, ainda quando a violação houvera sido cometida por pessoas que atuavam em exercício de suas funções oficiais <sup>70</sup>. (tradução nossa).

Assim, em países onde os atos alegados ocorreram antes da ratificação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Comitê fez recomendações quanto às obrigações do Estado Parte em casos graves de violações de direitos humanos incluindo casos de crimes de lesa humanidade.

Em suas conclusões e recomendações feitas a numerosos países, incluindo Argélia<sup>71</sup>, Argentina<sup>72</sup>, Chile<sup>73</sup>, El Salvador<sup>74</sup>, Líbano<sup>75</sup>, Peru<sup>76</sup>, Sudão<sup>77</sup> e Uruguai<sup>78</sup> entre outros, o Comitê manifestou preocupação com a adoção de leis de anistia.

preocupación al Comité, puede constituir un elemento importante que contribuye a la repetición de las violaciones. Cuando se cometen como parte de un ataque generalizado sistemático contra la población civil, esas violaciones del Pacto son crímenes de lesa humanidad (véase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7).

En consecuencia, cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto a que se hace referencia en el presente párrafo, los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías (véase la Observación general Nº 20 (44)) y las inmunidades e indemnizaciones jurídicas anteriores. Además, ninguna posición oficial justifica que personas que pueden ser acusadas de responsabilidad por esas violaciones queden inmunes de responsabilidad jurídica. Otros impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica deben igualmente eliminarse, como la defensa de la obediencia a órdenes superiores o los períodos excesivamente breves de prescripción en los casos en que esas limitaciones son aplicables.

Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral N° 31, *A índole da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto*, adotada 29 de março de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 18.

<sup>69</sup> Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral N° 20, *Proibição da Tortura ou outros Tratamentos ou Penas Desumanos ou Degradantes*, 10 de março de 1992, para. 15.

<sup>70</sup> "El Comité no está de acuerdo con el Estado parte en que el Estado no tenga ninguna obligación de investigar las violaciones de derechos enunciados en el Pacto por un régimen anterior, sobre todo cuando estas violaciones incluyen delitos tan graves como la tortura. En el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto se estipula claramente que cada uno de los Estados Partes en el Pacto se compromete a garantizar que "toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales". Comitê de Direitos Humanos, Comunicação No. 322/1988, Hugo Rodríguez c Uruguai, 19 de julho de 1994, para. 12.3.

<sup>71</sup> Comitê de Direitos Humanos, *Observações Finais: Argélia*, CCPR/C/DZA/CO/3, 1 de novembro de 2007, para. 7:"...El Comité teme que la Ordenanza Nº 06-01 sobre la Carta por la Paz y la Reconciliación Nacionales, que prohíbe toda acción judicial contra los miembros de las fuerzas de defensa y de seguridad, pueda promover la impunidad y vulnere el derecho a un recursos efectivo (artículos 2, 6, 7 y 14 del Pacto). El Estado Parte debería: a) Asegurarse de que el artículo 45 de la Ordenanza Nº 06-01 no atente contra el derecho a un recurso efectivo, enunciado en el artículo 2 del Pacto, y asegurarse especialmente de que se introduzca una enmienda al artículo 45



para precisar que no se aplica a delitos como la tortura, el homicidio y el secuestro. Además, el Estado Parte debería velar por que se informe al público de que el artículo 45 no se aplica a las declaraciones o los procesos por tortura, ejecución extrajudicial y desaparición."

<sup>72</sup> Comitê de Direitos Humanos, Observações Finais: Argentina, CCPR/C/79/Add.4, 21 e de março de 1995, reproduzida no documento A/50/40 (1995), para. 153: "...El Comité reitera su preocupación por que la Ley No. 23521 (Ley de obediencia debida) y la Ley No. 23492 (Ley de punto final) nieguen recursos eficaces a quienes fueran víctimas de violaciones de derechos humanos durante el período de gobierno autoritario, en violación de los párrafos 2 y 3 del artículo 2 y del párrafo 5 del artículo 9 del Pacto. Al Comité le preocupa que la amnistía y el indulto hayan impedido las investigaciones de alegaciones de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y los agentes de los servicios de seguridad nacional, y que se hayan aplicado incluso en casos en que existen pruebas importantes de tales violaciones de los derechos humanos, por ejemplo desapariciones y detenciones ilegales de personas, incluidos niños. Al Comité le preocupa que el indulto y la amnistía generales promuevan una atmósfera de impunidad para los perpetradores de violaciones de derechos humanos miembros de las fuerzas de seguridad, y hace constar su posición de que el respeto a los derechos humanos puede debilitarse si se garantiza impunidad a los perpetradores de violaciones de derechos humanos..."

<sup>73</sup> Comitê de Direitos Humanos, Observações Finais: Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 26 de março de 2007, para. 5: "El Comité reitera su preocupación ante el Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978. Aunque observa que según el Estado parte este decreto ya no es aplicado por los tribunales, considera que el hecho de que continúe vigente deja abierta la posibilidad de su aplicación. El Comité recuerda su observación general No. 20, en el sentido de que las leyes de amnistía respecto de las violaciones de derechos humanos son generalmente incompatibles con el deber del Estado parte de investigar tales violaciones, garantizar que las personas no estén sujetas a dichas violaciones dentro de su jurisdicción y velar por que no se comentan violaciones similares en el futuro. (Artículo 2 del Pacto) El Estado parte debería reforzar sus esfuerzos para incorporar lo más pronto posible la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre el Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 al derecho interno positivo, a fin de garantizar que las violaciones graves de derechos humanos no queden impunes." Ver também as Observações Finais de 1999, CCPR/C/79/Add.104 (1999), para. 7.

<sup>74</sup> Comitê de Direitos Humanos, Observações Finais: El Salvador, CCPR/CO/78/SLV, 30 de julho de 2003, para. 6: "El Comité reafirma su preocupación por la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993 y por la aplicación de esta ley a graves violaciones de derechos humanos, incluso aquellas examinadas y establecidas por la Comisión de la Verdad. Al tiempo que toma nota de la posición del Estado parte, que considera que la Ley de Amnistía General es compatible con la Constitución de El Salvador, el Comité considera que dicha ley vulnera el derecho a un recurso efectivo contemplado en el artículo 2 del Pacto, puesto que impide que se investigue y se sancione a todos los responsables de violaciones de derechos humanos, y que se proporcione reparación a las víctimas. El Comité reitera sus observaciones finales adoptadas el 8 de abril de 1994, en las cuales recomienda que se vuelva a examinar los efectos de la Ley de Amnistía General y que se enmiende esta ley para hacerla plenamente compatible con las disposiciones del Pacto. El Estado parte debe respetar y garantizar la aplicación de los derechos reconocidos en el Pacto."

<sup>75</sup> Comitê de Direitos Humanos, Observações Finais: Líbano, CCPR/C/79/Add. 78, 7 de abril de 1997, para. 12: "El Comité observa con preocupación la amnistía otorgada al personal civil y militar por las violaciones de los derechos humanos de los civiles que puedan haberse cometido en el curso de la guerra civil. Esa amnistía generalizada puede impedir que se investigue y se castigue debidamente a los autores de violaciones de los derechos humanos en el pasado, socavar los esfuerzos por imponer la observancia de los derechos humanos y obstaculizar los esfuerzos por consolidar la democracia..."

<sup>76</sup> Comitê de Direitos Humanos, Observações Finais: Peru, CCPR/CO/70/PER, 1 de novembro de 2000, para. 9: "El Comité deplora que no se hayan seguido sus recomendaciones relacionadas con las Leyes de amnistía de 1995 y reitera que éstas impiden la investigación y castigo de los autores de delitos cometidos en el pasado, violando el artículo 2 del Pacto. El Comité se encuentra profundamente preocupado por las recientes informaciones que dan cuenta del auspicio del Gobierno a una nueva ley de amnistía general como condición previa para la realización de elecciones. El Comité recomienda nuevamente al Estado Parte la revisión y revocación de las Leyes de amnistía de 1995 que contribuyen a crear una atmósfera de impunidad. El Comité insta al Estado Parte a que se abstenga de adoptar una nueva ley de amnistía.."

<sup>77</sup> Comitê de Direitos Humanos, Observações Finais: Sudão, CCPR/C/SDN/CO/3, 26 de julho de 2007, para. 9: "El Comité sigue manifestando su preocupación por el Decreto Nº 114, de 11 de junio de 2006, relativo a una amnistía general, y por su ámbito de aplicación. Si bien toma también nota de la información proporcionada por la delegación, el Comité sigue preocupado en relación con la capacidad del Estado Parte para enjuiciar y castigar delitos de guerra o crímenes contra la humanidad cometidos en Darfur (artículos 2, 3, 6, 7 y 12 del Pacto). El Estado Parte debería: ... (f) Asegurarse de que no se concede amnistía a ninguna persona sospechosa de haber cometido, o de estar cometiendo, delitos de una naturaleza especialmente grave ..." (nosso grifo)

<sup>78</sup> Comitê de Direitos Humanos, Observações Finais: Uruguai, CCPR/C/79/Add. 19, 29 e 30 de março de 1993, para 7: El Comité expresa una vez más su profunda preocupación por las consecuencias para el Pacto de la Ley de caducidad. A ese respecto, el Comité insiste en la obligación que tienen los Estados Partes, con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra



No caso do Haiti, o Comitê expressou sua preocupação acerca da possibilidade de que a anistia adotada, a qual, em princípio, deveria cobrir somente crimes políticos, pudesse estender-se a violações de direitos humanos, tais como execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados, tortura, detenção arbitrária, estupro e outros ataques de natureza sexual<sup>79</sup>.

Assim mesmo, o Comitê contra a Tortura, órgão criado pela Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>80</sup> para supervisionar a implementação daquele tratado, declarou, com relação à adoção e aplicação de leis de anistia, que:

"O Comitê considera que as anistias ou outros obstáculos que impedem julgar e punir com prontidão e imparcialidade os autores de atos de tortura ou maus tratos, ou deixam claro uma falta de vontade a respeito, infringem o caráter imperativo da proibição [contra a tortura]" 81 (tradução nossa).

Da mesma forma que o Comitê de Direitos Humanos, o Comitê contra a Tortura tem recomendado, no contexto do exame dos relatórios submetidos periodicamente pelos Estados partes sobre medidas tomadas para implementar a Convenção e, inclusive com relação a atos ocorridos anteriormente à ratificação da Convenção, a não aplicação de anistias a atos de tortura.

No contexto do exame do relatório do Chile em 2007, o Comitê recomendou:

"O Comitê recomenda ao Estado parte que: b) Reforme a Constituição para garantir a plena proteção dos direitos humanos, incluindo o direito a não ser vítima de torturas nem de outros tratamentos ou penal cruéis, inumanos ou degradantes, em conformidade com a Convenção e, com esse mesmo fim, revogue o Decreto-Lei de Anistia" (tradução nossa).

Igualmente, ao examinar o relatório da Indonésia recomendou que o mandato da Comissão da Verdade por atos cometidos primordialmente no passado, não aceitasse a

autoridad competente. El Comité observa con profunda preocupación que la aprobación de la Ley excluye efectivamente en algunos casos la posibilidad de investigar violaciones anteriores de los derechos humanos y, por lo tanto, impide que el Estado Parte pueda cumplir su obligación de facilitar un recurso efectivo a las víctimas de esas violaciones.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> "El Comité recomienda al Estado parte que: b) Reforme la Constitución para garantizar la plena protección de los derechos humanos, incluido el derecho a no ser víctima de torturas ni de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de conformidad con la Convención y, con ese mismo fin, derogue el Decreto-Ley de Amnistía. Comitê contra a Tortura, *Observações finais: Chile*, CAT/C/CR/32/5, 10 e 11 de maio de 2004, para. 7(b).



<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Comitê de Direitos Humanos, *Observações Finais: Haiti*, A/50/40 (1995), 3 de outubro de 1995, para. 230.

<sup>80</sup> O Brasil ratificou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes em 28 de setembro de 1989, sem fazer nenhuma reserva. A Convenção contém não só uma definição do crime de tortura, mas também estabelece uma série de conseqüências com relação a este crime, inclusive a jurisdição universal e a obrigação dos Estados partes de deter e processar ou extraditar pessoas responsáveis por tortura, com o fim de assegurar que tais atos não fiquem impunes.

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> "El Comité considera que las amnistías u otros obstáculos que impiden enjuiciar y castigar con prontitud e imparcialidad a los autores de actos de tortura o malos tratos, o ponen de manifiesto una falta de voluntad al respecto, infringen el carácter imperativo de la prohibición [contra la tortura]". Comitê contra a Tortura, Observação Geral N° 2, CAT/C/GC/2, 24 de janeiro de 2008, para. 5.

possibilidade de anistia<sup>83</sup>. Também criticou a adoção e aplicação de anistias nos casos do Azerbaijão<sup>84</sup>, Quirquistão<sup>85</sup>, Peru<sup>86</sup> e Senegal<sup>87</sup>.

### b. Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Corte<sup>88</sup> e Comissão<sup>89</sup> Interamericanas de Direitos Humanos são os órgãos de supervisão para a implementação dos tratados e convenções assinados no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica<sup>90</sup>.

Durante muitos anos, tanto a Comissão como a Corte adotaram decisões relativas a casos de violações graves aos direitos humanos, inclusive crimes de lesa humanidade que ocorreram no continente antes e depois da ratificação da Convenção e em relação a diversas leis de anistia. A Comissão adotou decisões, por exemplo, nos casos da Argentina<sup>91</sup>, Uruguai<sup>92</sup>, El Salvador<sup>93</sup> e Chile<sup>94</sup>. A Corte, como se verá a seguir, desenvolveu extensa jurisprudência relativa, entre outros, à incompatibilidade de leis de anistia em casos de violações graves de

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Chile*, Relatório No. 34/96, Casos 11.228, 11.229, 11.231e 11282, 15 de outubro de 1996; e Relatório No. 36/96, Caso 10.843, 15 de outubro 1996, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev.; assim como Relatório 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 e 11.705, 7 de abril de 1998, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6.



<sup>&</sup>lt;sup>83</sup> Comitê contra a Tortura, *Observações Finais: Indonésia*, CAT/C/IDN/CO/2, 15 de maio de 2008, para. 30:"El Estado parte debe examinar detenidamente el mandato de la futura Comisión de la verdad y la reconciliación, a la luz de otras experiencias internacionales análogas y en cumplimiento de su obligación en virtud de la Convención. Entre otras cosas, la Comisión debería tener facultades para investigar las violaciones graves de los derechos humanos e indemnizar a las víctimas, proscribiendo al mismo tiempo la amnistía para los autores de actos de tortura."

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> Comitê contra a Tortura, *Observações Finais: Azerbaijão*, A/55/44, 15 a 17 de novembro de 1999, paras 68 e 69 para. 68(e).

<sup>&</sup>lt;sup>85</sup> Comitê contra a Tortura, *Observações Finais: Quirquistão*, A/55/44, 16 a 18 de novembro de 1999, paras74 (e), 75 (c) , para. 74.

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> Comitê contra a Tortura, *Observações Finais: Peru*, A/55/44. 59 (g), 61 (d), 12, 15 e 16 de novembro 1999, para. 59(g).

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> Comitê contra a Tortura, *Observações Finais: Senegal*, A/51/44(1996), 1 de maio de 1996, paras 112-114, 117, para. 112.

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> O Brasil efetivou a declaração especial reconhecendo a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos contenciosos em 10 de Dezembro de 1998 "em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração."

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual tem funções distintas da Corte, fiscalizando também o cumprimento da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e podendo servir de primeira instância em casos que são posteriormente submetidos à Corte.

<sup>&</sup>lt;sup>90</sup> O Brasil acedeu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 9 de julho de 1992, fazendo uma declaração interpretativa de que os artigos 43 e 48 (D) da Convenção "não incluem o direito automático de visitas e investigações *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que dependerão da anuência expressa do Estado".

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos: *Argentina*, Relatório No. 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 e10.311, 2 de outubro de 1992, OEA/Ser.L/V/II.83; Doc 14.

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos: *Uruguai*, Relatório No. 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 e 10.375, 2 de outubro de 1992, OEA/Ser.L/V/II.83; Doc 14.

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos: *El Salvador*, Relatório No. 1/99, Caso 10.480, 10 de janeiro de 1999 e Relatório No. 136/99, Caso 10.488, 22 de dezembro de 1999. Ver também Relatório No 26/92, Caso 10.287( Masacre das Hojas), 24 de setembro de 1992, OEA/Ser.L/V/II.83; Doc 14.

direitos humanos com as obrigações dos Estados Partes à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e à obrigação de investigar, processar e punir violações graves aos direitos humanos.

Em 2001, a Corte Interamericana declarou com relação às leis de anistia peruanas:

Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis pelas violações graves de direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por contrariar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional do Direitos Humanos" <sup>95</sup> (tradução nossa).

Com relação à anistia chilena, a Corte sentenciou:

"[A] Corte estima que os Estados não podem subtrair-se do dever de investigar, processar e punir os responsáveis pelos crimes de lesa humanidade aplicando leis de anistia ou outro tipo de normativa interna. Consequentemente, os crimes de lesa humanidade são delitos aos quais não se pode conceder anistia" <sup>96</sup> (tradução nossa).

### A Corte considerou que as leis de anistia violam:

- 1) O direito de toda pessoa de ser ouvida por um tribunal competente, independente e imparcial, protegido pelo artigo 8.1 da Convenção conjuntamente com o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 da Convenção;
- 2) A obrigação de ajustar o direito interno com a Convenção, contida no artigo 2.
- 3) A obrigação geral de respeitar e garantir a Convenção, estabelecido pelo artigo 1.1, em razão de impedir a investigação, prisão, processo e punição dos responsáveis e obstruir os esclarecimento dos fatos<sup>97.</sup>

Com relação ao artigo 2°, lembrou a Corte que é uma obrigação de direito consuetudinário realizar as modificações legislativas necessárias para executar as obrigações assumidas, uma vez celebrado um convênio internacional, e que a Convenção Americana

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Ver Corte IDH., Caso Barrios Altos Vs. Peru.Supra, nota 95, para. 43; Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile.Supra, nota 20, para. 127.



<sup>95 &</sup>quot;Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos". Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Peru. Mérito. Sentença de 14 de março de 2001. Série C No. 75, para. 41. Ver também. Caso do Masacre da Rochela Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C No. 163, para. 294. Caso A Cantuta Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C No. 162, para. 152; Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Supra. Nota 20, para. 112; Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2006 Série C No. 148, para. 402.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> "[L]a Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía". Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Supra, nota 20, para. 114.

explicitamente estabelece tal obrigação. A Corte esclareceu que a Convenção requer tanto a supressão de normas ou práticas que levem a violações das garantias previstas na Convenção, como a adoção de normas e o desenvolvimento de práticas que levem ao cumprimento de tais normas<sup>98</sup>.

Assim, a Corte considera que as leis de anistia, nos casos já descritos, criam para as vítimas uma situação de desamparo e perpetuam a impunidade em casos graves de violações aos direitos humanos, incluindo crimes de lesa humanidade<sup>99</sup>. Conclui que tais leis carecem de efeitos jurídicos e não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos<sup>100</sup>, sendo *ab initio* incompatíveis com a Convenção; assim sendo, a adoção mesma de tais leis constitui *per se* uma violação à Convenção<sup>101</sup>.

Finalmente, com relação à auto-anistias, isto é, leis adotadas com o intuito de eximir os agentes de um regime de seus próprios crimes, aquele tribunal esclareceu, no caso do Chile, que, mais importante que o processo de adoção, é o efeito de anistiar violações graves aos direitos humanos. A Corte estatuiu que:

"[E]mbora a Corte note que o Decreto-lei No. 2.191 outorga basicamente uma autoanistia, posto que foi admitido pelo próprio regime militar, para subtrair da ação da justiça principalmente seus próprios crimes, ressalta que um Estado viola a Convenção Americana quando dita disposições que não estão em conformidade com as obrigações dentro da mesma; o fato de que essas normas tenham sido adotadas de acordo com o ordenamento jurídico interno ou contra ele, "é indiferente para estes efeitos". Em suma, esta Corte, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu o Decreto-lei No. 2.191, atende a sua ratio legis: anistiar os graves fatos delitivos contra o direito internacional cometidos pelo regime militar" 102 (tradução nossa).

No tocante às obrigações de agentes do Estado, inclusive do Poder Judiciário, em casos de anistias incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte considerou não só que a aplicação destas por agentes do Estado implica na

<sup>102 &</sup>quot;[S]i bien la Corte nota que el Decreto Ley No. 2.191 otorga básicamente una autoamnistía, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes, recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, "es indiferente para estos efectos". En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a su ratio legis: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar". Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Supra, nota 20, para. 120.



<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Peru. Supra, nota 95, paras. 165-173 e Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Supra nota 20, paras. 117-118. Ver também Caso Garrido e Baigorria. Reparações (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C No. 39, para. 68; Caso Baena Ricardo e outros. Mérito, Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C Nº 72, para. 179.

<sup>99</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Supra, nota 20, para. 119.

<sup>&</sup>lt;sup>100</sup> Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Peru. Supra, nota 95, para. 44; Caso Almonacid Arellano y outrosVs. Chile.Supra, nota 20, para. 119.

<sup>101 &</sup>quot;... Para efectos de la discusión planteada, es necesario precisar que la Corte consideró que en Peru dichas leyes de autoamnistía son ab initio incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma "constituye per se una violación de la Convención" por ser "una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte" en dicho tratado. ....De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención." Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Peru. Supra, nota 95, para. 174.

responsabilidade internacional do Estado, mas também que o Poder Judiciário deve aplicar a legislação interna de acordo com as obrigações presentes na Convenção e igualmente de acordo com a jurisprudência da Corte<sup>103</sup>.

Desde seu primeiro caso contencioso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que os Estados Partes têm "o dever jurídico de prevenir, razoavelmente, as violações de direitos humanos, de investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que tenham ocorrido dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de lhes impor sanções pertinente e de assegurar à vítima uma reparação adequada" (tradução nossa)<sup>104</sup>.

Com relação a violações graves aos direitos humanos, a Corte esclareceu que esta obrigação deve ser levada a cabo com particular diligência. A Corte considerou que:

"[E]m casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e outras graves violações de direitos humanos, o Estado tem o dever de iniciar ex officio e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva, que não se empreenda como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera. Esta investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e a investigação, persecução, captura, julgamento e punição de todos os responsáveis intelectuais e materiais dos fatos, especialmente quando estão ou possam estar envolvidos agentes estatais" 105 (tradução nossa).

Com relação a crimes de lesa humanidade a Corte declarou:

"Ante a natureza e gravidade dos fatos, mas ainda tratando-se de um contexto de violação sistemática de direitos humanos, a necessidade de erradicar a impunidade se

<sup>105 &</sup>quot;[E]n casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Estado tiene el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales". Corte IDH. Caso do Masacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C No. 140, para. 143. Ver também, entre outros: Caso do "Masacre de Mapiripán" Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C No. 134, para. 223; Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005, Série C No. 124; paras. 146-147; e Caso das Irmãs Serrano Cruz. Mérito, Reparaçõe e Custas, Sentença de 1 de março de 2005. Série C No. 120, para.



<sup>103 &</sup>quot;La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Supra, nota 20, para. 120.

<sup>104 &</sup>quot;el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación". Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988, Série C No. 4, para. 174. Ver também, entre outros, Caso Godínez Cruz. Mérito. Sentença de 20 de janeiro de 1989, Série C No. 5, para. 184.

apresenta ante a comunidade internacional como um dever de cooperação interestatal para estes efeitos. O acesso à justiça constitui uma norma imperativa de Direito Internacional e, como tal, gera obrigações *erga omnes* para os Estados de adotar as medidas que sejam necessárias para não deixar na impunidade essas violações, seja exercendo sua jurisdição para aplicar seu direito interno e o Direito Internacional para julgar e, em seu caso, punir os responsáveis pelos fatos dessa índole, ou colaborando com outros Estados que o façam ou procurem fazê-lo" (tradução nossa).

É essencial que a normativa interna esteja em conformidade com às obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro, decorrentes dos tratados internacionais dos quais é parte, assim como das normas peremptórias do direito internacional, declarando dessa forma, que a Lei de Anistia não pode ser interpretada a fim de obstaculizar a investigação, esclarecimento dos fatos e julgamento de graves violações aos direitos humanos e crimes de lesa humanidade cometidos durante o regime militar brasileiro.

### 5. Da proibição do uso de outros dispositivos legais como obstáculos ao direito à justiça e à verdade

A seguir será apresentada breve análise da normativa, jurisprudência e prática internacionais referentes a outros dispositivos como: a prescrição, a coisa julgada e a legalidade, uma vez que, tais dispositivos têm sido invocados como limitações ao pleno exercício do direito à verdade e à justiça nas sociedades que sofreram períodos de exceção, promovidos por ditaduras militares e conflitos armados nos últimos 30 anos na América Latina (ver anexo 2).

Os postulantes entendem que a análise destes dispositivos não é o principal foco da presente reflexão, extrapolando o objeto do mérito da ADPF. No entanto, o que se deseja alertar é que estes dispositivos não devem ser considerados obstáculos para que este Egrégio Tribunal conforme uma decisão sobre os limites da aplicação da Lei de Anistia no Brasil.

É importante consignar que os aludidos institutos, mesmo que possam representar uma discussão futura a respeito da capacidade restritiva para a responsabilização de eventuais autores de crimes de lesa humanidade no Brasil, não devem, no presente momento, fundamentar qualquer decisão sobre o provimento da presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Mesmo porque tais restrições já foram superadas, como consequência da implementação de decisões de Tribunais Internacionais, em muitos países vizinhos, por meio de sólidos fundamentos e critérios restritivos, os quais impedem que remédios aplicados à crimes

<sup>106 &</sup>quot;Ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo". "Corte IDH. La Cantuta vs. Peru. Supra, nota 95



\_

cometidos em períodos de exceção, em nome de Governos ditatoriais, possam ser utilizados como precedentes para os mesmos crimes cometidos em outros períodos sob a égide da democracia, resguardando assim a segurança jurídica tão cara a sociedade.

O direito consuetudinário é uma das principais fontes de direito internacional, consistindo, como definido no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em uma prática geral aceita como lei<sup>107</sup>. Normas consuetudinárias são obrigatórias e órgãos e tribunais internacionais freqüentemente aplicam tais normas ou interpretam instrumentos internacionais à luz de tais normas, conforme se pode constatar em decisões do Tribunal para a Ex-Iugoslávia<sup>108</sup> e da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>109</sup>. As fontes que permitem averiguar a existência de costume são múltiplas e incluem: decisões de cortes nacionais e internacionais, tratados e outros instrumentos internacionais, entre outras.

Como visto acima, normas de *jus cogens* são normas tidas de importância tão fundamental pelas nações que não podem ser derrogadas por meio de tratados ou invocação de circunstâncias excepcionais para justificar tais práticas<sup>110</sup>. Violações a direitos humanos consideradas como violações a normas de *jus cogens* podem incluir: crimes de lesa humanidade, execuções extrajudiciais, desaparecimento forçado de pessoas e tortura.

Nesse contexto, cabe observar que a noção de crimes de lesa humanidade é parte integrante das normas de proteção aos direitos humanos adotadas no seio das Nações Unidas desde sua fundação, assim como dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, e considerada como parte do direito consuetudinário pelas diversas fontes relevantes de direito internacional<sup>111</sup>.

É também de particular importância notar que a Corte Interamericana, como outros órgãos similares, interpreta as obrigações existentes sob a Convenção Americana à luz do costume internacional, particularmente, como se verá abaixo, com relação às obrigações existentes em casos de crimes de lesa humanidade e/ou violações a normas de *jus cogens*. Em casos como *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* e *Goiburú vs. Paraguai*, a Corte

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> Ver, por exemplo, a conclusão do Tribunal para a Ex-Iugoslávia 1995, segundo a qual não há dúvida que crimes de lesa humanidade são parte do direito consuetudinário. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (ICTY). *Prosecutor v. Dusko Tadic aka "Dule" (Decision on the Defence Motion on Jurisdiction)*. IT-94-1. 10 August 1995, para. 76. Ver também, entre outros, Bantekas, Ilias, e Nash, Susan, *International Criminal Law*, Op. cit., p. 156; Brownlie, Ian, *Principles of Public Internacional Law*, Op. cit., p. 566; Cassesse, Antonio, *International Criminal Law*, Supra, nota 31, pp. 106-107; e Kittichaisaree, Kriangsak, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 88-89.



<sup>&</sup>lt;sup>107</sup> Art. 38.1(b) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> Ver por exemplo, Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (ICTY). *Prosecutor v. Dusko Tadic aka "Dule"* (*Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*), IT-94-1. 10 August 1995, paras. 140-141; *Prosecutor v. Kupreskic*, Case No.IT-95-16-T, 14 de janeiro de 2000, para. 568.

<sup>&</sup>lt;sup>109</sup> Ver por exemplo a análise desenvolvida sobre os crimes de lesa humanidade no *Caso Almondacid*. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Supra, nota 20, paras. 92-104.

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup> Brownlie, Ian, *Principles of Public Internacional Law*, Op. cit., p.516.

Interamericana realizou uma analise detalhada das obrigações dos Estados referidos (os quais haviam ratificado a Convenção Americana após as datas das principais violações alegadas) com relação a crimes de lesa humanidade e violações de *jus cogens*, considerando, entre outros instrumentos, decisões, relatórios e outros documentos adotados no seio das Nações Unidas, assim como por outros órgãos como a Corte Européia de Direitos Humanos, baseando suas conclusões na existência tanto de obrigações convencionais como também consuetudinárias<sup>112</sup>.

O crime de lesa humanidade é um crime internacional e a qualificação de um ato como tal engendra, como se verá a seguir, uma série de conseqüências especiais que incluem: a aplicação do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* de forma coerente com as obrigações internacionais do Estado, a existência de responsabilidade penal individual ao nível internacional, obrigação especial de assegurar a sanção de tais crimes e imprescritibilidade. Da mesma forma, violações de normas de *jus cogens* podem ter conseqüências similares.

### i. A Obrigação de Investigar, Processar e Punir

As obrigações relativas a violações a normas de *jus cogens* podem incluir a obrigação de investigar, processar e punir. Com relação a crimes de lesa humanidade, *Bassiouni* observa que como tais crimes violam normas de *jus cogens* que possuem efeitos *erga omnes*, todos os Estados têm uma obrigação de processar e punir ou extraditar os responsáveis<sup>113</sup>.

Também com relação a crimes de lesa humanidade, os Princípios da Cooperação Internacional na Identificação, Detenção, Extradição e Punição dos Culpados por Crimes contra a Humanidade, adotados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1973, determinam que tais crimes, não importa onde tenham sido cometidos, devem ser objeto de investigação, e que, sempre que existirem provas, os responsaveis devem ser presos, processados, julgados, e caso considerados culpados, punidos<sup>114</sup>.

Com relação à tortura, o Comite contra a Tortura declarou em 1989:

"Com respeito à proibição da tortura, o Comitê recorda os princípios da sentença do Tribunal Internacional de Nuremberg e se refere ao artigo 5 da Declaração Universal de Direitos Humanos e o artigo 7 de Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que

<sup>&</sup>quot;crimes against humanity, wherever they are committed, shall be subject to investigation and the persons against whom there is evidence that they have committed such crimes shall be subject to tracing, arrest, trial and, if found guilty, punishment." Princípio 1, Princípios da Cooperação Internacional na Identificação, Detenção, Extradição e Punição dos Culpados por Crimes contra a Humanidade.



\_

<sup>&</sup>lt;sup>112</sup> Corte IDH., *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Supra, nota 20, paras. 93-104. Corte IDH. *Caso Goiburú y outros Vs. Paraguai*. Supra, nota 65, para.128.

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup> "The implication of this standing [jus cogens] is that they are subject to universal jurisdiction, meaning that all States can exercise their jurisdiction in prosecuting a perpetrator irrespective of where the crime was committed. It also means that all States have the duty to prosecute or extradite …" Bassiouni, Cherif, Crimes Against Humanity in Crimes of War, AZ Guide. http://www.crimesofwar.org/thebook/crimes-against-humanity.html (20 de março de 2009).

constituem ambos normas de direito internacional reconhecidas pela maior parte dos Estados Membros das Nações Unidas, entre eles a Argentina. Portanto, já antes da entrada em vigor da Convenção contra a Tortura existia uma norma geral de direito internacional que obrigava aos Estados a tomar medidas eficazes para impedir a tortura e castigar sua prática." <sup>115</sup> (tradução nossa).

### A Corte Interamericana considerou que:

"... os crimes de lesa humanidade vão além do tolerável pela comunidade internacional e ofendem a humanidade toda. O dano que tais crimes ocasionam permanece vigente para a sociedade nacional e para a comunidade internacional, as quais exigem a investigação e a punição dos responsáveis." 116 (tradução nossa).

Declarou igualmente com relação a violações graves aos direitos humanos que:

"...os fatos do presente caso infringiram normas inderrogáveis de direito internacional (*jus cogens*), em particular as proibições da tortura e dos desaparecimentos forçados de pessoas. Estas proibições são contempladas na definição de condutas que afetam valores ou bens transcendentais da comunidade internacional, e fazem necessária a ativação de meios, instrumentos e mecanismos nacionais e internacionais para a persecução efetiva de tais condutas e a sanção de seus autores, com o fim de preveni-las e evitar que fiquem na impunidade. É assim que, ante a gravidade de determinados delitos, as normas de direito internacional consuetudinário e convencional estabelecem o dever de julgar seus responsáveis. Em casos como o presente, isto adquire especial relevância pois os fatos se deram em um contexto de vulnerabilidade — o que gera para os Estados a obrigação de assegurar que estas condutas sejam perseguidas penalmente e punidos seus autores." <sup>117</sup> (tradução nossa).

Assim, existe uma obrigação em direito consuetudinário de investigar, processar e punir violações graves aos direitos humanos assim como os crimes contra a humanidade, obrigação esta que, como se verá abaixo, está igualmente presente de forma incontornável nos principais tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte.

### ii. O Princípio nullum crimen nulla poena sine lege

<sup>117 &</sup>quot;Según fue señalado anteriormente (supra párr. 93), los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (jus cogens), en particular las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas. Estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos —constituyendo ambos crímenes contra la humanidad— lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores". Corte IDH., Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai. Supra, nota 65, para. 128.



<sup>115 &</sup>quot;Con respecto a la prohibición de la tortura, el Comité recuerda los principios del fallo del Tribunal Internacional de Núremberg y se refiere al artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que constituyen ambos normas de derecho internacional reconocidas por la mayor parte de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, entre ellos Argentina. Por lo tanto, ya antes de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura existía una norma general de derecho internacional que obligaba a los Estados a tomar medidas eficaces para impedir la tortura y para castigar su práctica". Comitê contra a Tortura, O.R., M.M. and M.S. c Argentina, Comunicações 001/1988 & 002/1988 & 003/1988, decisão de 23 de novembro de 1989, para. 7.2 reproduzido em A/45/44 (1990), Anexo V, p. 115.

<sup>116 &</sup>quot;... los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables". Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile.Supra, nota 20, para.152.

O princípio de *nullum crimen nulla poena sine lege* é garantido pelos principais tratados gerais de direitos humanos [Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art.15), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art.9), Convenção Européia sobre Direitos Humanos (art.7) e Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (art.7)].

Entretanto, tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no seu artigo 15.2, como a Convenção Européia de Direitos Humanos, no artigo 7.2, estabelecem que tal garantia não deve prejudicar o julgamento e a sanção por atos que, no momento em que foram cometidos, constituíam delitos segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade internacional.

Essas disposições refletem o fato de que certos crimes, como os crimes de lesa humanidade, são considerados ilegais em direito consuetudinário e, conseqüentemente, mesmo se tais crimes não eram definidos como tais pelo direito interno no momento em que foram cometidos não existem impedimentos a que sejam processados e punidos se já eram qualificados como tais em direito internacional<sup>118</sup>.

Conforme se demonstrará, ao interpretar tratados de direitos humanos e outros textos internacionais que indicam o caráter consuetudinário da noção de crime de lesa humanidade e certos outros crimes internacionais, tribunais internacionais e nacionais, e diversos órgãos de direitos humanos têm considerado que as obrigações relativas a tais crimes existem pelo menos desde o período da Segunda Guerra Mundial.

Por exemplo, na decisão de 18 de novembro de 2008 na qual se declarou inibido em favor das jurisdições locais de prosseguir com as investigações sobre os desaparecidos da Guerra Civil Espanhola, o Juiz Baltasar Garzón considerou, no entanto, que:

"O CP[Código Penal] vigente pode se aplicar retrospectivamente a condutas anteriores que já eram criminosas no momento de serem cometidas com referência à legalidade penal internacional; Quer dizer, eram criminais porque estavam proibidas no direito consuetudinário internacional na época, ainda que não fossem tipificadas no C.P. espanhol.

"... O crime de lesa humanidade (proibido por norma de *jus cogens*) é um crime tipificado no direito internacional independentemente que na legislação interna não exista norma penal proibitiva como tal." <sup>119</sup>

No caso de *Kolk e Kislyiy* v. Estônia, apresentado diante da Corte Européia de Direitos Humanos, os peticionários, que haviam sido condenados por crimes de lesa

<sup>119 &</sup>quot;El CP[Código Penal] vigente puede aplicarse retrospectivamente a conductas anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a legalidad penal internacional; es decir, eran criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional en esa época, aunque aun no hubieran sido tipificadas en el C.P. español. (...)El crimen de lesa humanidad (prohibido por norma de ius cogens) es un crimen tipificado en el derecho internacional independientemente que en la legislación interna no exista norma penal prohibitiva como tal.". Sumario (Proc. Ordinario) 53/2008 E, Juzgado Central de Instrucción N° 5, Audiencia Nacional Madrid.



-

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> Cassesse, Antonio, *International Criminal Law*, Supra, nota 31, pp. 106-107.

humanidade por atos que haviam ocorrido mais de cinquenta anos antes, se queixaram de que a responsabilidade penal por crimes de lesa humanidade somente havia sido estabelecida pela Estônia em 1994, e que tais atos (deportação em massa da população civil) eram legais na União Soviética na época.

A Corte Européia considerou que a proibição aos crimes de lesa humanidade havia sido reconhecida em 1945 pelo estatuto de Nuremberg e confirmadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas e pela Comissão de Direito Internacional; e que, sendo a União Soviética Estado-membro das Nações Unidas, não podiam suas autoridades pretender ignorância de tais princípios. Concluiu que, mesmo que tais atos pudessem ser considerados legais pelo direito interno, não tinham fundamento as alegações dos peticionários de que os atos que haviam cometido não constituíam crimes de lesa humanidade no momento em que os haviam cometido e que não estavam cientes do contrário 120.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, com relação a uma execução extrajudicial no Chile qualificada como crime de lesa humanidade, declarou que o Estado não poderia argüir a irretroatividade da lei penal para escusar-se de seu dever de investigar e punir os responsáveis<sup>121</sup>.

Essa mesma Corte, em um caso relativo a desaparecimentos forçados na década de 1970, reconheceu que delitos como a tortura e o desaparecimento forçado não estavam tipificados como tais no Código Penal em vigor na época, mas tomou nota de que, a nível internacional, haviam sido qualificados como tais e lembrou que desde então, o Estado havia ratificado uma série de tratados, incluindo a Convenção Americana, que continham a obrigação de tipificar tais delitos no direito interno<sup>122</sup>, notando em conclusão que:

> "Não pode, no entanto, deixar de destacar que a tortura e o desaparecimento forçado das supostas vítimas, cuja proibição tem caráter de normas inderrogáveis de direito internacional ou jus cogens (supra pars. 84 e 85 e infra pars. 128 e 131), foram perpetradas com a colaboração de autoridades de outros Estados do continente e se encontram parcialmente na impunidade diante da violação à obrigação de investigá-las. A gravidade dos fatos não pode desvincular-se do contexto em que ocorreram e é dever

<sup>122</sup> Corte IDH. Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai. Supra, nota65, para. 92.



<sup>120 &</sup>quot;The Court notes that even if the acts committed by the applicants could have been regarded as lawful under the Soviet law at the material time, they were nevertheless found by the Estonian courts to constitute crimes against humanity under international law at the time of their commission. The Court sees no reason to come to a different conclusion. It is noteworthy in this context that the Soviet Union was a party to the London Agreement of 8 August 1945 by which the Nuremberg Charter was enacted. Moreover, on 11 December 1946 the United Nations General Assembly affirmed the principles of international law recognized by the Charter. As the Soviet Union was a member State of the United Nations, it cannot be claimed that these principles were unknown to the Soviet authorities. The Court thus considers groundless the applicants' allegations that their acts had not constituted crimes against humanity at the time of their commission and that they could not reasonably have been expected to be aware of that." Corte Européia de Direitos Humanos, Kolk and Kislyiy v. Estonia, App. No. 23052/04 & 24018/04, 17 January 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup> Corte IDH., Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Supra, nota 20, para. 151.

desta Corte destacá-lo, em atenção à preservação da memória histórica e a imperante necessidade de que fatos similares não voltem a repetir-se<sup>2123</sup> (tradução nossa).

### iii. <u>Prescrição no contexto de crimes de lesa humanidade ou violações graves ao direito internacional</u>

Vários instrumentos e documentos foram adotados a nível internacional prevendo a imprescritibilidade de crimes de lesa humanidade. Em 1968, as Nações Unidas adotaram a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e os Crimes de Lesa Humanidade. Entre 1969 e 1973, a Assembléia Geral adotou diversas resoluções em favor da ratificação da referida Convenção<sup>124</sup>. Ao nível europeu, o Conselho da Europa adotou em 1974 uma convenção sobre a não aplicabilidade de prescrição a crimes contra a humanidade e crimes de guerra<sup>125</sup>. O artigo 29 do Estatuto de Roma prevê que não pode haver prescrição dos crimes cobertos por aquele texto.

Igualmente, os Princípios sobre Reparação, adotados pela Assembléia Geral em 2005, estabelecem que, quando assim disposto por um tratado relevante ou por costume, as violações graves aos direitos humanos e ao direito humanitário que constituem crimes em direito internacional não prescrevem<sup>126</sup>.

A imprescritibilidade de crimes de lesa humanidade foi também reconhecida por tribunais internacionais tais como a Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como outros órgãos de supervisão de tratados de direitos humanos como o Comitê de Direitos Humanos, criado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Em 2001, considerando a admissibilidade nos casos *Papon* e *Kolk e Kislyiy c Estonia*, a Corte Européia confirmou que não pode haver impedimento de tempo para processar

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas pela Resolução 60/47 de 16 de dezembro de 2005, principio 6.



<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> "No puede, sin embargo, dejar de señalarse que la tortura y desaparición forzada de las presuntas víctimas, cuya prohibición tiene carácter de normas inderogables de derecho internacional o jus cogens (supra párrs. 84 y 85 e infra párrs. 128 y 131), fueron perpetradas con la colaboración de autoridades de otros Estados del continente y se encuentran parcialmente en la impunidad ante las faltas a la obligación de investigarlas. La gravedad de los hechos no puede desvincularse del contexto en que ocurrieron y es deber de esta Corte destacarlo, en atención a la preservación de la memoria histórica y a la imperante necesidad de que hechos similares no vuelvan a repetirse". Corte IDH. Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai. Supra, Nota 65, para. 93.

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup> Doswald-Beck, Louise Henckaerts, Jean-Marie, Alvermann, Carolin (Contributions by), *Customary International Humanitarian Law: Vol I Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, International Committee of the Red Cross, 2005, p 615.

<sup>&</sup>lt;sup>125</sup> European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes against Humanity and War Crimes, ETS 82, 13 I.L.M. 540, Jan. 25, 1974.

casos de crimes de lesa humanidade<sup>127</sup>, observando que a regra de que crimes de lesa humanidade são imprescritíveis foi estabelecida pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg<sup>128</sup>.

O Comitê de Direitos Humanos declarou também que crimes de lesa humanidade são imprescritíveis <sup>129</sup>. A Corte Interamericana de Direitos Humanos considera que a imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade surge como norma de *jus cogens*. Com relação à prescrição em casos de crime de lesa humanidade, a Corte declarou no caso *Almonacid Arellano*:

"... Com efeito, por constituir um crime de lesa humanidade, o delito cometido contra o senhor Almonacid Arellano, além de ser inanistiável, é imprescritível. Neste sentido, a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa humanidade claramente afirmou que tais ilícitos internacionais "são imprescritíveis, qualquer que seja a data que se tenham cometido".

Ainda quando o Chile não havia ratificado dita Convenção, esta Corte considera que a imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade surge como categoria de norma de Direito Internacional Geral (ius cogens), que não nasce com tal Convenção senão que está reconhecida nela. Conseqüentemente, o Chile não pode deixar de cumprir esta norma imperativa." <sup>130</sup> (tradução nossa).

A Corte declarou também que, de uma forma geral, a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável em casos de violações graves aos direitos humanos de acordo com o direito internacional<sup>131</sup>.

Com relação à tortura, mesmo quando não cometida em um contexto de crimes de lesa humanidade, em 1998 o tribunal para a Ex-Iugoslávia considerou que por ser a proibição da tortura uma norma de *jus cogens* não pode haver prescrição em casos de tortura 132. Nesse

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup> "It would seem that other consequences include the fact that torture may not be covered by a statute of limitations, and must not be excluded from extradition under any political offence exemption." Tribunal Penal Internacional para



<sup>&</sup>quot;... the prosecution of crimes against humanity cannot be time-barred was laid down by the Statute of the Nuremberg International Tribunal annexed to the Inter-Allied Agreement of 8 August 1945...." Corte Européia de Diretos Humanos, Papon v. France, App. No. 54210/00, 15 de novembro de 2001, p. 21. Ver também Touvier v. France, no. 29420/95, decisão da Comissão Européia de 13 de janeiro de 1997, Decisions and Reports 88-B, p. 161.

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> This is true of crimes against humanity, in respect of which the rule that they cannot be time-barred was laid down by the Charter of the Nuremberg International Tribunal." Corte Européia de Diretos Humanos Kolk and Kislyiy v. Estonia, App. No. 23052/04 & 24018/04, 17 de janeiro de 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>129</sup> Ver por exemplo, Comitê de Direitos Humanos, *Observações Finais: Espanha*, CCPR/C/ESP/CO/5/, 30 de outubro de 2008, para. 9.

<sup>130 &</sup>quot;En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido". Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa". Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Supra, nota 20, para. 152 e 153.

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> Corte IDH, Caso Albán Cornejo e outros Vs. Equador. Sentença de 22 de novembro de 2007, Série C No. 171, para. 111.

mesmo sentido, o Comitê contra a Tortura recomenda, de forma reiterada e consistente, que o crime de tortura não seja sujeito a prescrição<sup>133</sup>.

Com relação a violações graves, em 2001 a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que eram inadmissíveis a aplicação de prescrição e outras excludentes de responsabilidades em casos de violações graves aos direitos humanos como tortura, execução sumária e desaparecimento forçado<sup>134</sup>.

Quanto ao desaparecimento forçado perpetrado fora de um contexto de crime de lesa humanidade, os instrumentos internacionais sobre a matéria determinam a imprescritibilidade ou a aplicação de prescrição de forma extremamente limitada. A Declaração das Nações Unidas sobre a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado estabelece, no seu artigo 17.1, que quando os recursos previstos no artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos não forem eficazes, se suspenderá a prescrição relativa aos atos de desaparecimento forçado até que se restabeleçam esses recursos. A Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados estabelece no seu artigo 8º(b) que o prazo da prescrição deve começar a partir do momento em que cesse o delito de desaparecimento e levando em conta seu caráter continuado ou permanente. Finalmente, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas determina, no seu artigo VII, que de uma forma geral o desaparecimento forçado não será sujeito à prescrição, mas que, "quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Parte."

Com relação ao desaparecimento forçado, fora de um contexto de crime de lesa humanidade, é importante destacar que o caráter permanente de tais violações tem, como reconhecido pela Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, conseqüências particulares em relação à prescrição. O caráter permanente é reconhecido tanto pelos instrumentos internacionais sobre a matéria 135 como também pelos órgãos internacionais de direitos humanos. A Corte Interamericana tem considerado de forma reiterada e consistente que o desaparecimento forçado constitui fato ilícito

<sup>&</sup>lt;sup>135</sup> Os diversos instrumentos internacionais sobre a matéria reconhecem o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, inclusive: a Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado no seu artigo 17.1, determinando que o crime deva ser considerado delito permanente enquanto os autores continuarem ocultando o destino e paradeiro da pessoa desaparecida e enquanto não se hajam esclarecido os fatos; a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados no seu art. 8.1(b); e a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas no seu Art. III.



a Ex-Iugoslávia (ICTY). Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgment). Supra, nota Error! Bookmark not defined., para 157.

<sup>&</sup>lt;sup>133</sup> Comitê contra a Tortura, *Observações Finais e Recomendações: Dinamarca*, CAT/C/DNK/CO/5, 14 de maio 2007, para. 11; *Lituânia*, CAT/C/LTU/CO/2, 4 e 5 de novembro 2008, para. 5; *Eslovênia*, CAT/C/CR/30/4, 5 e 6 de maio 2003, para. 6(b); *Turquia*, CAT/C/CR/30/5, 2 e 5 de maio 2003, para. 78 (c).

<sup>134</sup> Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Peru. Mérito. Sentença de 14 de março de 2001. Série C No. 75, para. 44.

que engendra uma violação múltipla e continuada de vários direitos protegidos pela Convenção<sup>136</sup>. Igualmente, a Corte Européia considerou o desaparecimento forçado como uma violação continuada da Convenção Européia de Direitos Humanos<sup>137</sup>. O Comitê reconhece que o desaparecimento forçado é uma violação continuada e no caso *S. Jegatheeswara Sarma v Sri Lanka* entendeu que, embora a detenção e o desaparecimento da vítima direta haviam ocorrido antes da ratificação pelo Estado do tratado, as violações relacionadas haviam ocorrido depois<sup>138</sup>.

#### IV. CONCLUSÃO E PEDIDOS

Diante de todo o exposto, verifica-se que o direito internacional impõe obrigações aos Estados, segundo as quais é proibido o uso de leis de anistias ou outros dispositivos legais para obstaculizar o direito à verdade e à justiça das vítimas e familiares de vítimas de graves violações aos direitos humanos e crimes de lesa humanidade.

Essas obrigações se aplicam ao caso brasileiro, uma vez que o país é membro da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA) e, portanto, por sua própria vontade, sujeitou-se às normas e os princípios adotados no seio destas organizações.

Como foi exposto, os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, que se interpretam à luz das obrigações em direito consuetudinário que estabelecem consequências específicas em casos de violações a regras de *jus cogens* e de crimes de lesa humanidade, rejeitam taxativamente a aplicação de anistias e outros dispositivos legais a casos de violações graves aos direitos humanos. Estabelecem, igualmente, a obrigação de garantir às vítimas de tais violações e aos membros de suas famílias acesso à justiça e um recurso cuja natureza deve ser judicial, a fim de estabelecer a verdade do que ocorreu e capaz de sancionar os responsáveis, garantindo reparação adequada.

Deste modo, considerando as obrigações internacionais do Estado brasileiro expostas neste *amicus curiae* e a importância do dialógo entre o direito interno e o direito internacional, o CEJIL dirige-se respeitosamente a esse egrégio Supremo Tribunal Federal para requerer que:

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> Comitê de Direitos Humanos, Comunicação No. 950/ 2000, *S. Jegatheeswara Sarma v Sri Lanka*, 16 de julho de 2003, para. 6.2.



-

<sup>&</sup>lt;sup>136</sup>Corte IDH., *Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai*. Supra, nota65, para. 82. Assim como, *Caso Gómez Palomino Vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C No. 136, para. 92; *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Op. cit., paras. 100 a 106; e *Caso 19 Comerciantes*. Mérito, Sentença de 5 de julho de 2004. Série C No. 109, para. 142.

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup> Corte Européia de Direitos Humanos, *Chipre v. Turquia*, Application No. 25781/94, julgamento de 10 de maio de 200, paras. 136, 150 e 158.

a) seja admitida a presente manifestação na qualidade de *amicus curiae* na ADPF/153, conforme o disposto no artigo 6°, §2°, da Lei 9.882/99, inclusive para fins de fazer sustentação oral no julgamento de mérito desta ação, conforme disposto no artigo 131, §1°, do Regimento Interno do STF;

b) seja declarado que o conceito de crimes conexos aos crimes políticos, disposto no parágrafo 1º do art. 1º da Lei 6.683/79 não se estende aos graves delitos praticados sistematicamente pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar.

Nestes termos, pede-se deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 26 de novembro de 2009.

Helena de Souza Rocha OAB/PR 50.532 Vivian Holzhacker OAB/SP 260.634

Beatriz Stela de Azevedo Affonso Secretária Executiva Viviana Cecilia Krsticevic Conselho Diretivo



### V. DOCUMENTOS E ANEXOS

**DOCUMENTO 1**: Estatuto Social do Centro Pela Justiça e o Direito Internacional e Ato de Nomeação da Secretária Executiva

**DOCUMENTO 2**: Procuração

ANEXO 1: Gazetas do Centro Pela Justiça e o Direito Internacional

**ANEXO 2**: Livro do Centro Pela Justiça e o Direito Internacional – Implementação das Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

ANEXO 3: CD – Jurisprudência sistematizada sobre a obrigação de investigar e punir

