

A PRISÃO E AS SENTENÇAS DOS CASOS ENVOLVENDO A LEI DA ANISTIA DO BRASIL

Sérgio Tibiriçá AMARAL¹
Joel Vieira BERÇOCANO²

RESUMO: O presente artigo buscou abordar a origem e os fundamentos do Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e, diretamente relacionado ao tema, a inconveniência das leis de anistia colocadas em vigor em vários países da América Latina imediatamente antes ou imediatamente depois das transições dos governos repressivos para os governos democráticos. Além disso, foi feita uma análise do controle de convencionalidade dentro de tal Sistema, em especial com relação à sua aplicação pelo Estado brasileiro, que ainda não cumpriu a sentença proferida pela Corte IDH no caso da “Guerrilha do Araguaia” (Caso Gomes Lund e outros v. Brasil), motivo pelo qual pode levar o Estado a mais uma condenação perante o Tribunal das Américas, notadamente com relação ao caso 12.879 (Caso Vladimir Herzog v. Brasil), já submetido à Corte IDH e aguardando sentença. A manutenção da Lei de Anistia (Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979) impede a atuação dos órgãos institucionais do Estado brasileiro para a responsabilização dos responsáveis por violações durante a ditadura militar.

Palavras-chave: Corte. Tratado. Julgamento

ABSTRACT: The present article sought to address the origins and foundations of the control of conventionality in the Inter-American Human Rights System and, directly related to the topic, the unconventionality of the amnesty laws put into force in several Latin American countries immediately before or immediately after transitions from repressive governments to democratic governments. In addition, an analysis of the control of conventionality was made within such a System, especially in relation to its application by the State of Brazil, which has not yet complied with the decision rendered by the Inter-American Human Rights Court in the case “Guerrilha do Araguaia” (Case Gomes Lund et al v. Brazil), which may lead the State to a further conviction before the Tribunal of the Americas, notably regarding the Case 12.879 (Case Vladimir Herzog v. Brazil), already submitted to the IAHR Court and awaiting judgment. The maintenance of the Amnesty Law (Law n. 6.683, of August 28, 1979) prevents the action of the institutional bodies of the Brazilian State for the accountability of those responsible for violations during the dictatorship.

¹ Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Asociación Mundial de Justicia Constitucional E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br ou sergio@unitoledo.br

² Discente do 7º termo de curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, bolsista do CNPq na modalidade de pesquisador de iniciação científica. E-mail: joel.bercocano1425@gmail.com.

Keywords: Court. Deal.Trial

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo analisar o avanço dos direitos humanos e o reconhecimento de novos direitos numa comparação entre o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil. Vamos buscar aportes em casos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), em relação aos conteúdos de alguns dos Protocolos Adicionais à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH), firmado em 1950, na cidade de Roma. O artigo número 3 do Protocolo número 1 diz: “As altas partes contratantes se comprometem a organizar, em intervalos razoáveis, eleições livres com escrutínio secreto, em que garantam a livre expressão da opinião do povo na eleição do corpo legislativo”. Trata-se de um dos dispositivos da chamada “cláusula democrática”, que é obrigatória não apenas na União Europeia, mas para todos os 45 Estados sujeitos ao referido tribunal.

Na interpretação oficial do tratado, a Corte Europeia construiu uma jurisprudência sobre a privação do direito ao voto das pessoas que estão presas.

Queremos fazer uma comparação entre as sentenças do direito penal e processual penal dos Estados da Europa que tem previsão de privação automática dos direitos políticos dos presos definitivos, como no Brasil, com a decisão do tribunal do “Velho Continente” à luz dos direitos humanos. Buscou-se analisar.

2 OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO

O movimento de internacionalização dos direitos humanos surgiu no pós-guerra. É inegável que após as atrocidades praticadas durante a 2ª Guerra Mundial seria necessário criar mecanismos para evitar que essa história recente se repetisse, com prisões arbitrárias. Impulsionou-se a universalização dos direitos humanos, momento em que os tratados internacionais começaram a impor limites aos Estados e garantir direitos às pessoas. Nesse sentido, Flávia Piovesan e Luiz

Flávio Gomes³ bem apontam que “Se a 2^o Guerra Mundial significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução”.

Como forma de salvaguardar ainda mais os direitos humanos, criaram-se mecanismos globais de proteção, em especial a Organização das Nações Unidas, instituída com a Carta da ONU de 1948, organismo derivado da anterior Liga das Nações, mas que trouxe nova identidade ao direito internacional tendo por objetivo garantir os direitos fundamentais.

Em que pese a ONU seja organismo de grande importância, é necessário que haja sistemas regionais de proteção de direitos humanos, haja vista que cada região possui características específicas como religião, cultura, desenvolvimento, dentre outras. Atualmente, os que se destacam são o Europeu, Interamericano e o Africano. Tais sistemas se completam, somando-se ao sistema nacional de proteção, com o objetivo de proporcionar maior efetividade aos direitos do homem⁴.

Porém, só há a consolidação de tais direitos se houver uma jurisdição internacional, e nesse sentido, as Cortes internacionais detêm especial legitimidade e constituem um dos instrumentos mais poderosos na função persuadir os Estados a cumprir obrigações⁵ referentes aos direitos humanos.

Na sua atuação, os órgãos jurisdicionais internacionais se tornaram protagonistas no papel de defesa dos direitos humanos, julgando e responsabilizando Estados por atos praticados por seus agentes ou particulares, emitindo interpretações sobre diversos temas, investigando situações concretas, e o que nos toca: realizando o controle de leis nacionais com base nos tratados internacionais assinados.

3 OS CASOS DE SENTENÇAS NA EUROPA SEM PREVISÃO EXPRESSA DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Como ponto de partida importante ressaltar que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não prevê expressamente o direito dos presos de participar

³ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN Flávia. *O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 18.

⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 48.

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 72.

da eleição, bem como os protocolos adicionais. No entanto, voltamos ao artigo número 3 do Protocolo número 1 que diz: "As altas partes contratantes se comprometem a organizar, em intervalos razoáveis, eleições livres com escrutínio secreto, em que garantam a livre expressão da opinião do povo na eleição do corpo legislativo". Não há referência expressa se as pessoas privadas definitivamente de liberdade devem gozar do direito ao voto.

No entanto, o referido tribunal da Europa tem se manifestado em vários casos sobre o direito a fazer parte do sufrágio, por meio das suas sentenças individuais e até mesmo em tutelas coletivas⁶. Entre as chamadas sentenças piloto ou leading case surge em 23 de novembro de 2010, o caso Greens e M.T vs. Reino Unido, que traz uma perda automática dos direitos políticos ativos e passivos.

Necessário se fazer um recorte dentro das sentenças de natureza penal em que foram impostas penas acessórias de privação dos direitos políticos.

Não existe nenhuma contradição ou violação dos direitos humanos se o legislador brasileiro, dos países membros da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou mesmo da Europa tipifiquem as condutas delitivas e dentro da margem de discricionariedade interna, coloquem como pena acessória a perda dos direitos políticos para determinados delitos, como corrupção e improbidade administrativa, por exemplo.

A discussão doutrinária surge quando nos encontramos com ordenamentos jurídicos como o do Brasil em que todos os delitos cometidos, ou na grande maioria, que quando a pessoa ingresse no sistema penitenciário, perca automaticamente os direitos políticos. Não há previsão normativa específica para aquele delito e nem tampouco o juiz ou tribunal se pronuncia no dispositivo da sentença sobre esse tipo de imposição.

Para a grande sala do TEDH, o caso Scoppola vs. Itália⁷ traz uma condenação de uma pessoa à prisão perpétua por haver matado sua esposa e lesões graves à um dos filhos do casal. Devido a condenação de prisão perpétua, automaticamente perdeu seus direitos políticos. Na Itália, a legislação prevê a perda acessória dos direitos políticos, como penas que acompanham a principal de encarceramento, ou seja, o condenado definitivo perde o direito de exercer funções

⁶ CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. Sentencia penal y derechos humanos de las personas privadas de libertad: los derechos políticos <In> Derecho Procesal Constitucional – Litigio ante la Jurisdicción Constitucional (organizador – Eduardo Andres Velandia Canosa), p. 514

⁷ BDAW TEDH 2012/53.

públicas e o direito de votar, conforme o artigo 28 do Código Penal, parágrafo 33. Mas, isso ocorre para determinados delitos específicos, como malversação do dinheiro público, apropriação indébita, suborno e a especulação, delitos previstos nos artigos 314, 316, 317 e 501 do Código Penal, por violações contra a administração da Justiça (como o falso testemunho de uma parte, falsas peritagens, falsa tradução juramentada, obstrução da Justiça e “assistência desleal (delitos dos artigos 371, 373, 377 e 380 do mesmo código) e por delitos relacionados ao abuso ou mal uso dos poderes da autoridade pública (artigo 31). Se a pena de privação de liberdade tiver duração superior a cinco anos, o condenado perde automaticamente seus direitos políticos enquanto estiver cumprindo a sentença. Se a sentença for de três até cinco anos, como ficado claro no parágrafo 34 do referido artigo 28 do diploma penal italiano, existe uma perda temporal.

Tal atuação em face de normas internas dos Estados reflete o controle de convencionalidade realizado pela Corte, o qual Eduardo Canosa bem define como⁸:

Um mecanismo jurídico de aplicação obrigatória de ofício pelos órgãos jurisdicionais de um Estado Parte, onde se realiza um controle da compatibilidade entre as normas que integram a ordem jurídica interna e as normas previstas na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, a mesma interpretação que foi feita pela Corte Interamericana no exercício de seus poderes jurisdicionais, bem como com qualquer instrumento internacional da mesma natureza. (tradução livre)⁹

Destarte, apenas a compatibilidade da lei com o texto constitucional não lhe garante mais a validade no ordenamento interno. Essa garantia plena só lhe é conferida se estiver em consonância também com os tratados ratificados pelo país.

Encontram-se exemplos de controle de convencionalidade desde a década de 70, muito embora ainda estivesse em processo de construção, e sendo um mecanismo ainda pouco aceito. Aqui, podemos citar a decisão 74-54 DC do

⁸ VELÂNDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Derecho Procesal Constitucional*. Colombia: VC Editores Ltda, 2015. pp. 109-110.

⁹ Texto original: “Un mecanismo jurídico de aplicación obligatoria ex officio por los órganos jurisdiccionales de un Estado Parte, en donde se efectúa un control de compatibilidad entre las normas que integran el ordenamiento jurídico interno y la normativa prevista en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana, en uso de sus facultades jurisdiccionales, así como todo instrumento internacional de igual naturaleza”.

Conselho Constitucional da França¹⁰, de 15 de janeiro de 1975, que mesmo não definindo expressamente o que seria esse controle, reconheceu a existência de dois controles de natureza distinta.

O Conselho Constitucional não realizou o controle de convencionalidade pois não se entendeu competente para tanto, mas de qualquer forma reconheceu a existência de uma análise de compatibilidade entre normas internas e internacionais, afirmando:

5. Considerando que uma lei contrária a um tratado não seria, por tudo isso, contrária à Constituição; 6. Considerando que o controle do cumprimento do princípio estabelecido no artigo 55 da Constituição não pode ser exercido no contexto do exame previsto no artigo 61, devido à diferença de natureza desses dois controles; 7. Considerando que, nessas circunstâncias, não cabe ao Conselho Constitucional, quando for submetido nos termos do artigo 61 da Constituição, a examinar a conformidade de uma lei com as estipulações de um tratado ou um acordo internacional; [...] (tradução livre)¹¹

Com a evolução do direito internacional, viu-se que era imprescindível a realização do controle, pois apenas com uma jurisdição contenciosa os direitos humanos seriam, de fato, efetivados.

Pode-se afirmar que outro fundamento basilar do controle de convencionalidade é o princípio do *pacta sunt servanda* – acordos devem ser cumpridos, previsto expressamente no artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹². De acordo com tal princípio, somado ao artigo 27 da mesma Convenção, é obrigação dos países signatários cumprir de boa-fé o disposto nos tratados – assumindo tal compromisso internacional – não podendo alegar as normas internas como impedimento para não cumprir as normas internacionais.

¹⁰ Conseil constitutionnel de France. *Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975: Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>> Acesso em: 15 jan. 2018.

¹¹ Texto original: “5. Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution; 6. Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles; 7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ; [...]”

¹² CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. *Derecho Procesal Constitucional*. Colombia: VC Editores Ltda, 2015. p. 106.

2.2 Sistema Interamericano

O controle de convencionalidade é a denominação da função da Corte, no exercício de sua competência, em virtude da qual se realiza uma confrontação entre a Convenção e outros tratados de direitos humanos e uma disposição do direito interno. Entende-se que a Corte IDH, como ressalta Nestor Pedro Sagúes¹³, importou o referido modelo europeu e o aperfeiçoou para atingir o patamar atual.

A Corte IDH inclusive já determinou na sua jurisprudência que todos os juízes e tribunais nacionais ao aplicar o direito interno devem realizar o controle de convencionalidade com relação à Convenção Interamericana, como fica claro no julgamento *Almonacid Arellano vs. Chile*¹⁴, de 2006, que declarou a invalidade do decreto de anistia chileno¹⁵, a Lei n. 2.191 de 1978, que se referia ao perdão dos crimes cometidos durante a ditadura de Augusto Pinochet, entre 1973 a 1978.

A Corte completa sua posição no mesmo ano, no julgamento do caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*, quando afirma que esse reconhecimento pode ocorrer de ofício¹⁶: “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”.

Além destes, as sentenças pioneiras no controle de convencionalidade, que não tratam especificamente de leis de anistia são, por exemplo, as dos casos *Genie Lacayo vs. Nicaragua*; “*A Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile; *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, entre outras decisões nas quais a Corte se manifestou pela incompatibilidade de leis internas.

O controle concentrado é feito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo tratado na sua jurisprudência de forma explícita, embora a definição do alcance e abrangência tenha sido esclarecida pelo juiz Sergio Garcia

¹³ SAGUÉS, Néstor Pedro. *El “control de convencionalidad” em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias com el sistema europeo*. Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. p. 382. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf> Acesso em: 13 fev. 2018.

¹⁴ O caso *Almonacid Arellano vs. Chile* é considerado o leading case no que tange à “inconvencionalidade” das leis de anistia, por empregar o termo, muito embora no caso *Barrios Altos vs. Peru* já tenha sido feita análise da incompatibilidade da lei de anistia peruana com a Convenção Americana.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, n. 154. par. 145.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Peru*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, n. 158. par. 128.

Ramires, que comparou o trabalho da Corte àquele desempenhado pelas cortes constitucionais no seu voto em apartado do julgamento do caso *Tibi vs. Equador*, de 7 de setembro de 2004¹⁷. Mas este trabalho, segundo Sergio Garcia Ramirez, tem a função de conciliar a atividade judicial nacional com a ordem internacional reconhecida pela Convenção, fundadora da jurisdição interamericana e que foi aceita pelos Estados-partes dentro do seu Poder Soberano.

Aparece pela primeira vez na jurisprudência contenciosa da Corte Interamericana, expressamente, o “controle de convencionalidade”, no Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, esposando a necessidade dos agentes do Estado, em especial os magistrados, controlem a aplicação das leis que contrariam a Convenção Americana. Merece destaque trecho da decisão paradigma:

124. A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas **quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos**. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, **o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo**. (grifo nosso)

O fundamento legal do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é a Convenção Americana, a qual, segundo Mazzuoli e Gomes¹⁸, “é o principal tratado sobre direitos civis e políticos já concluído no Continente Americano”. Foi assinada em San José, na Costa Rica, em 1969 e entrou em vigor em nível internacional no ano de 1978, no entanto, só passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro em 1992, após sua ratificação.

Logo em seu artigo 1º, a Convenção Americana de Direitos Humanos, traz a obrigação de todos os Estados-partes respeitar e garantir os direitos e

¹⁷ Voto concurrente razonado del Juez Sergio Garcia Ramirez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, Serie C, n. 114.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2º. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 18.

liberdades nela reconhecidos, “A obrigação de respeitar é de cunho negativo e a de garantir o exercício dos direitos é uma obrigação positiva”¹⁹.

Ou seja, respeitar os direitos e liberdades nela contidos, significa que os Estados-partes devem agir conforme às normas nela elencadas. Já a obrigação de garantia, por sua vez, diz respeito às ações concretas que o Estado deve tomar para organizar todo seu aparato governamental, de maneira que seja capaz de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos²⁰, conforme a Convenção propõe respeitar.

O artigo 2º, no que lhe concerne, traz a obrigação de todo Estado-parte adequar seu direito interno às normas da Convenção. Não há como pensar que os Estados, a partir do momento que ratificam um instrumento internacional, como o Pacto de San José da Costa Rica, já estejam com seu direito interno compatibilizado com o disposto no Tratado. Por esse motivo é preciso que se adequem, para estarem em consonância com o documento que acabaram de assinar e adentrou em seu ordenamento jurídico.

Neste sentido a Corte entende que é necessário que o Estado tome duas medidas, quais sejam: (i) a suspensão de normas e práticas que estejam em discordância com a Convenção e (ii) a criação de normas que colaborem para a efetividade dos direitos nela elencados, estando estabelecidas na jurisprudência da Corte Interamericana²¹.

E justamente, ambos estes dispositivos – artigos 1 e 2 – também servem de base para o exercício do controle de convencionalidade das normas internas, já que o Estado assumiu a obrigação de cumprir a Convenção e se comprometeu a adequar suas normas internas em conformidade com o sistema de proteção internacional.

2.3 Reflexos do Controle de Convencionalidade no Brasil

Como vimos, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Tratado Internacional chamado de Pacto de San José, em 25 de

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. cit.* p. 22.

²⁰ A corte traz este entendimento logo em seu primeiro caso contencioso, cf. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, pars. 165-166.

²¹ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Sentença de 30 de maio de 1999. Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 52. par. 186.

setembro de 1992 e aceitou a competência da Corte em 10 de dezembro de 1998. Com isso, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a ganhar maior notoriedade no contexto do direito interno, o que culminou por fomentar debates referentes à posição hierárquica dos tratados internacionais no ordenamento interno.

Nesse sentido, faz-se menção ao §3º do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece que os tratados de direitos humanos, aprovados por 3/5, em dois turnos em cada uma das casas do Congresso Nacional, serão equivalentes às emendas constitucionais. Ocorre que, os tratados anteriores a essa novidade normativa do art. 5º, tiveram seu status reavaliado e considerados pelo Supremo Tribunal Federal com caráter de supralegalidade²², mas não de Emenda Constitucional – e aí se colocou o Pacto de São José ou Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em despeito de haver tal dicotomia entre tratados anteriores e posteriores ao §3º do art. 5º, o Brasil está obrigado a cumprir em seu ordenamento interno o disposto do Pacto de San José da Costa Rica, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente. E com advento do referido parágrafo, os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos serão equivalentes a emendas à Constituição se forem aprovados pelo quórum nele elencado²³, além de trazer, inclusive, o controle jurisdicional concentrado da convencionalidade²⁴:

A Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3.º ao art. 5.º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um quórum qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um status materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados equivalentes às emendas constitucionais. E tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à normatividade interna, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade.

Claro que tal inovação legislativa supramencionada por Valério Mazzuoli mexeu com o Judiciário como um todo nos termos de aplicação e interpretação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

²² Conforme a decisão do STF, no HC nº 87.585/TO, julg. 03.12.2008, e especialmente no RE 466.343-1/SP, julg. 03.12/2008.

²³ Até o presente momento, apenas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 e aprovados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

²⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2º. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 73.

A partir desse momento, iniciou-se o debate sobre o status desse Tratados e a realização do controle de convencionalidade nas maneiras tanto concentrada como difusa. O controle concentrado originalmente é aquele feito diante da Corte Interamericana, no momento em que é lhe apresentada um processo transnacional e no Brasil, aquele feito pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, em ações diretas, com teses abstratas.

O controle difuso, por sua vez, se apresenta em processos internos. O controle de convencionalidade e a equiparação de tratados de direitos humanos à norma constitucional permite que qualquer juiz ou tribunal pode decidir não aplicar uma lei interna ao caso concreto pelo fato desta estar em desacordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, dando aplicação direta ao tratado.

E dessa maneira aconteceu no Brasil com a prisão civil por dívida, pois a Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso LXVII, a prisão civil em duas hipóteses: referente a dívida alimentar e ao depositário infiel. A discussão se deu pelo fato de saber se a prisão do depositário infiel era ou não permitida, pois de um lado tínhamos a Constituição Federal autorizando, e de outro, o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, proibindo expressamente em seu artigo 7.7.

No julgamento do RE 466.343-SP, o STF não aplicou a disposição contida na Constituição Federal no art. 5º, inciso LXVII, parte final, mas sim o referido tratado internacional. Além disso, instituiu a Súmula Vinculante n. 25, sedimentando a vedação a prisão civil do depositário infiel. Como consequência, toda legislação empregada para regulamentar a prisão civil do depositário infiel, seja direta ou indiretamente, deixa de ser aplicada (como o art. 652 do Código Civil pátrio). Foi uma decisão *pro homine*, que protegeu os direitos da pessoa conforme a norma menos restritiva.

Contudo, e de forma contraditória, a mesma interpretação não foi realizada em face de outra conhecida situação de análise entre norma interna e norma internacional, que é a convencionalidade da Lei de Anistia, a Lei 6.683/1979, que ainda vigora no Brasil, e mais: foi declarada recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 em 2010 – o que será aprofundado a seguir.

Assim, nossa Corte maior entendeu que a prisão civil do depositário infiel era incompatível, mas a norma que impede a investigação e punição de torturadores, homicidas, repressores, seria constitucional e não passível de

revisão²⁵. Tal posição do STF vai em colisão com o entendimento consolidado dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como se demonstra na sua vasta jurisprudência, analisada a seguir.

3 INCONVENCIONALIDADE DAS LEIS DE ANISTIA E A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

Anistia e Amnésia são palavras que apresentam a mesma origem. Ambas derivam do grego “amnestía”, que significa esquecimento, conforme definição etimológica²⁶. Bem como o significado literal da palavra, o esquecimento é o principal objetivo das Leis de Anistias, esconder os fatos do passado. O instituto da Anistia, em matéria penal, visa promover o esquecimento dos acontecimentos do passado, ou seja, tais leis impedem que haja um enfrentamento dos atos do passado, negando à sociedade o acesso ao direito à memória, à verdade e à apuração das violações cometidas.

A anistia, ao funcionar como uma “borracha”, ignora as violações perpetradas pelos anistiados e causa mais danos que benefícios, haja vista que “apaga” o crime e representa a renúncia do Estado ao direito de punir²⁷. E, como resposta ao espectro da impunidade que surgiu a partir das anistias em branco e auto-anistias em vários países da América do Sul, um forte preceito anti-impunidade entre os juristas condenou tais anistias como incompatíveis com a justiça, além de serem péssimas apostas para as sociedades que buscam pacificar adversários antigos e consolidar uma cultura de respeito pelo Estado de Direito²⁸.

A Corte Interamericana, no Caso Velásquez Rodríguez²⁹, o primeiro caso contencioso a ser julgado pelo órgão, deixou assentado que é dever do Estado

²⁵ STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois. 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>> Acesso em 20 jan. 2018.

²⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 7 ed. Curitiba: Positivo, 2008. p. 123.

²⁷ MARX, Ivan Cláudio. *Justicia Transicional: Necesidad y Factibilidad del juicio a los crímenes cometidos por los agentes del Estado durante la última ditadura militar em Brasil*. La Plata: Al Margen, 2013. p. 44.

²⁸ PENSKY, Max. O status das anistias internas no Direito Penal Internacional. In: PAYNE Leigh A.; ABRÃO Paulo; TORELLY Marcelo D. (Org). *A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada*. Brasília e Oxford: Centro de Estudos Latino-Americanos, Universidade de Oxford, 2011. pp. 80-81.

²⁹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988. Mérito. Série C, n. 4. par. 174.

“prevenir razoavelmente as violações dos direitos humanos, investigar seriamente, com os meios à sua disposição, as violações cometidas no âmbito da sua jurisdição, a fim de identificar os responsáveis, impô-los as sanções pertinentes e assegurar a vítima uma reparação adequada”.

Vislumbra-se o caráter intrinsecamente inconveniente das leis de anistia, pois estas impossibilitam que exista uma investigação acerca das violações cometidas e, conseqüentemente, não há punição aos responsáveis das violações de direitos humanos cometidas, mantendo os órgãos com a competência de investigar e processar de mãos atadas em face das atrocidades praticadas e sujeitas à punição grave conforme a lei.

Outrossim, os Estados deixam de cumprir sua obrigação de respeitar e proteger as vítimas de violações de direitos humanos. Segundo a Anistia Internacional, esta obrigação inclui três elementos³⁰: a “Verdade”, que significa expor os fatos do passado relativos a violações de direitos humanos, a “Justiça”, que implica em investigar as violações e tomar medidas legais contra os responsáveis; e a “Reparação”, que consiste em oferecer reparação às vítimas e famílias em 5 formas: “restituição, compensação, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição”.

Providenciando uma jurisdição adequada às vítimas, além do cumprimento dessas funções reparatórias, o Estado também estará realizando um controle preventivo para evitar novas tentativas de instalação de sistemas ditatoriais e de práticas atentatórias a direitos humanos como a dignidade da pessoa humana, liberdade política, liberdade de expressão e pensamento.

3.1 Jurisprudência Consolidada da Corte IDH com Relação a Anistias e o Caso Gomes Lund

A aprovação das leis de anistias imediatamente antes ou imediatamente depois das transições dos governos repressivos para os governos

³⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Verdad, justicia y reparación: creación de una comisión de la verdad efectiva*. 11 junio 2007. Índice AI: POL 30/09/2007. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/es/documents/document/?indexNumber=pol30%2F009%2F2007&language=es>> Acesso em: 17 jan. 2018. p. 07.

democráticos demonstra a preocupação dos Estados em se prevenir para que suas condutas ilegais não sejam punidas.

O Sistema Interamericano tem adotado, cada vez mais, uma linha firme contra os sucessores de governos repressivos, no sentido de impedir que os violadores de direitos humanos se mantenham impunes.

O Caso *Barrios Altos vs. Peru* foi o primeiro a declarar as Leis de Anistia incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas ainda sem usar o termo “inconvencionais”³¹. A Corte iniciou a agora absoluta opinião que são disposições que visam excluir a responsabilidade e com isso impedir investigação e punição de responsáveis por violações de direitos humanos, que incluem tortura, execução extralegais e desaparecimentos forçados.

A Corte IDH, poucos anos depois, no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, trouxe pela primeira vez o termo “Controle de Convencionalidade” no sentido de que compete ao judiciário exercer este Controle entre as normas jurídicas internas que se aplicam ao caso concreto e à Convenção, conforme já mencionado em tópicos anteriores³². Nesse sentido, declarou que as Leis de Anistia são inconvencionais pois³³:

119. Leis de anistia com as características descritas [...] conduzem à desproteção das vítimas e à perpetuação da impunidade dos crimes de lesa humanidade, razão pela qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana e indubitavelmente afetam direitos nela consagrados

Novamente, a Lei de Anistia do Estado peruano foi analisada pela Corte no caso *La Cantuta vs. Peru* e mais uma vez declarada incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, como foi no caso *Barrios Altos*. No caso *La Cantuta*, considerou que leis de autoanista são “ab initio incompatíveis” e sua própria promulgação é “per se uma violação da Convenção”³⁴.

Indo mais longe, a Corte IDH adota a posição, que concordamos, de que a aplicação das leis de anistia pelos órgãos estatais e por funcionários públicos

³¹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 3 de setembro de 2001. Mérito. Série C, n. 75. par. 41.

³² Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, n. 154. par. 124.

³³ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. *Op. cit.* par. 119.

³⁴ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 162. par. 174.

são também violações da Convenção, como forma manifestamente contrária às obrigações assumidas pelos Estados ao assinarem o Pacto de São José da Costa Rica.

A respeito do Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já julgou o Estado Brasileiro por diversas violações de direitos humanos e pelo entendimento que a Justiça brasileira tem sobre a Lei nº 6.683 de 29 de agosto de 1979, a Lei de Anistia, considerada inválida, no caso conhecido como “Guerrilha do Araguaia”.

Este foi mais um caso que demonstrou o posicionamento contrário do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em relação às Leis de Anistia. Sérgio Tibiriçá e Alana Valério explicam bem, especificamente sobre as conclusões da Corte na sentença do caso Gomes Lund³⁵ (2015, p. 378):

A Comissão confirma que o caso Guerrilha do Araguaia representa uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia em relação aos desaparecimentos forçados e a execução extrajudicial, e a resultante obrigação dos Estados de fazer a sociedade conhecer a verdade, e investigar, processar e sancionar as graves violações de direitos.

O repertório da Corte DIH é extenso, como vemos no caso *Gelmán vs. Uruguai*, em que mais uma vez a Corte IDH reafirmou seu entendimento a respeito das Leis de Anistia³⁶, por impedirem investigação e sanção de responsáveis por violações de direitos humanos, o que é contrário às obrigações básicas de meio e resultado de investigar e processar. A impunidade afeta o próprio Estado de Direito, o que torna tais leis carecedoras de efeitos jurídicos.

Pela forma como a jurisprudência da Corte IDH vem tratando o tema, se constata que este órgão é totalmente contrário às leis que impossibilitam investigações acerca de violações cometidas, impedem que haja punições a tais violadores e reparação às vítimas e seus familiares. Como forma de elucidação, o MPF realizou um levantamento e, até 2017, foram iniciadas 27 ações penais contra

³⁵ TIBIRIÇÁ AMARAL, Sérgio. FAGUNDES VALÉRIO, Alana. *A Lei de Anistia no Brasil: Supremo Tribunal vs. Corte IDH*. In: CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. *Derecho Procesal Constitucional*. Colômbia: VC Editores Ltda, 2015. p. 378.

³⁶ Corte IDH. *Caso Gelmán vs. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Mérito e Reparações. Série C, n. 221. par. 226.

47 agentes que estariam envolvidos em 43 crimes, entretanto, nenhuma delas foi julgada procedente até a data de finalização³⁷.

3.2 Violações Reconhecidas pela Corte IDH e o Descumprimento da Decisão por Parte do Brasil

As sentenças proferidas no exercício do controle de convencionalidade possuem efeito vinculante, pois devem ser acolhidas por todos os Estados-partes. Nesse sentido, explica Sven Peterk que “suas decisões são finais, ou seja, incontestáveis”³⁸.

Contudo, o Brasil deixou de cumprir a determinação de revogar a sua Lei de Anistia, que ainda está em vigor e é o que causa um conflito entre o Sistema Interamericano e o Brasil, porque dentre todas as condenações de inconveniência de leis de anistia, todos os países acataram, exceto o Brasil, que insiste em descumprir. Especificamente, até 2017, ainda não foi cumprida a parte da sentença da Corte IDH que se refere à incompatibilidade da anistia com a Convenção:

325. [...]

3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. (Grifo nosso)

Na sequência, no parágrafo 325.4-7 da sentença, há uma determinação de invalidar a Lei da Anistia brasileira, que deve ser declarada não recepcionada, e a Corte declarou quais violações foram cometidas e que devem ser investigadas e punidas com a revogação da de lei anistia, entre elas o

³⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. *Crimes da ditadura militar*. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf> Acesso em: 08 mar. 2018. p. 25.

³⁸ PETERKE, Sven. *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Brasília, DF: ESMPU, 2009. p. 73.

desaparecimento forçado, violação do reconhecimento da personalidade jurídica, vida, integridade pessoal e liberdade pessoal.

O desaparecimento forçado de pessoas ocorrido no regime militar viola o direito à integridade pessoal, pois desrespeita a integridade psíquica e moral dos familiares, que tem a certeza de suas mortes, mas estão privados de seus corpos, como está na sentença: “a privação do acesso à verdade dos fatos sobre o destino de um desaparecido constitui uma forma de tratamento cruel e desumano para os familiares próximos”³⁹, sendo dever do Estado democrático reconhecer tal fato e proporcionar aos familiares uma rápida e eficaz reparação.

Nesse sentido, Fernando G. Jayme⁴⁰ diz que uma das violações “mais frequentes nestes regimes é a prática do desaparecimento de pessoas (...)”. A atuação das autoridades e da jurisdição interna dos estados são incapazes de evitar ou apresentar uma solução adequada, no sentido de julgar os responsáveis por tais atos hediondos, compele as vítimas ou seus familiares a recorrerem à proteção supletiva e complementar do sistema interamericano dos direitos humanos, que tem na Corte seu órgão soberano.

Desde o julgamento do caso Gomez Palomino Vs. Peru, de 2005, a Corte utilizou outros tratados da OEA para invalidar normas. No caso foi usado a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, aprovada em Belém do Pará em 1994. E como corrobora Valério de Oliveira Mazzuoli⁴¹, o caso Gudiel Álvarez e outros (Diário Militar) Vs. Guatemala, de 2011 serviu para a Corte reforçar o entendimento, que devem ser usados como parâmetros outros tratados, como as Convenções sobre Desaparecimento Forçado e para Prevenir e Punir a Tortura.

O Caso Gomes Lund também gerou a violação ao direito à liberdade de expressão, conforme entendimento da Corte⁴², que se trata da “liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza”, sendo direito de qualquer cidadão o acesso às informações sob o domínio do Estado, ressalvadas as restrições autorizadas pela Convenção. Assim, para a Corte, nos países

³⁹ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 219. par. 240.

⁴⁰ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 124.

⁴¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 68.

⁴² Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. *Op cit.* par. 197.

democráticos deve vigorar o “princípio da máxima divulgação”, e prevalecer “a presunção de que toda informação é acessível, sujeita a um sistema de exceções”⁴³.

Para a Corte, a investigação dos fatos é uma forma de reparar a violação sofrida, o que infelizmente não ocorreu, já que, como já dito, a Ação Ordinária proposta com o intuito de obter acesso aos documentos oficiais atinentes as ações militares perpetradas contra a Guerrilha do Araguaia apresentou demora excessiva, violando os artigos 8.1 e 13 da Convenção⁴⁴.

No que diz respeito aos documentos considerados secretos ou confidenciais pelo Brasil, a Corte lembrou que, em se tratando de violações de direitos humanos, o Estado não pode se negar a oferecer as informações solicitadas, independentemente de o documento ser considerado por ele secreto ou confidencial, seja por interesse público ou segurança nacional⁴⁵.

Por fim, a Corte condenou o Brasil pela violação dos arts. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 13 e 25 da Convenção, confirmando os pedidos da Comissão, que pediam a condenação do Brasil a pagar indenização pelos danos materiais, imateriais sofridos e restituição das custas e gastos processuais em âmbito interno e perante o Sistema Interamericano, assim como: “tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos”, “realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso”, “oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram”, “realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares”, “conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-lo

O Brasil tenta se justificar, pois cumpriu boa parte das condenações estabelecidas na sentença, mas isso não o exime do fato que continua em vigor a lei de anistia. Por exemplo, o Brasil promoveu as reparações financeiras, que vêm sendo integralmente cumpridas pelo Estado.

Além disso, nas abordagens da justiça de transição criou a Comissão da Verdade e fez outras ações, entre as quais: a) a abertura de vários arquivos do

⁴³ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Op cit. par. 199.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 219. pars. 184-185, 201, e 220-225.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Op cit. par. 202.

período; b) a atuação da Comissão Especial de Mortos Desaparecidos (Lei 9.140/95), que tem um acervo importante sobre vítimas e sobre as atrocidades sofridas; c) o trabalho da Comissão de Anistia, no âmbito do Ministério da Justiça (Lei 10.559/02), que também reúne relevante material; d) a publicação do livro *Direito à Memória e à Verdade*, lançado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República em 2007; e, mais recentemente, em 2009, e) a criação do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil, denominado *Memórias Reveladas*, institucionalizado pela Casa Civil da Presidência da República e implantado no Arquivo Nacional; e f) a instituição, por Decreto Presidencial, do 3º Programa Nacional de Direito Humanos – PNDH (Instituído pelo Decreto Presidencial nº 7.037/09 e disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>).

Contudo, a manutenção da lei de anistia em nível interno se dá por um julgamento do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, que foi contrário à decisão de revogação Lei da Anistia, e que na realidade, aborda sua importância no contexto de reconstrução democrática.

Em seu voto, o então Ministro Eros Grau, Relator da ADPF, coloca – de certo modo contraditoriamente – a impreterível necessidade de se expor a verdade e de como devem ser repudiadas todas as modalidades de tortura, encerrando seu voto: “É necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado”⁴⁶. Entretanto, julgando improcedente a ação e reconhecendo a validade da lei de anistia, surgindo desde então um grave confronto da justiça interna com a justiça internacional e engessando os órgãos persecutores internos.

Em publicação do Ministério Público Federal de 2017, observa-se que das decisões judiciais que negam o processamento das ações penais referentes aos crimes da ditadura, sem exceções, o fundamento é o mesmo: “causas de extinção da punibilidade da anistia e da prescrição”⁴⁷, sem referir-se à natureza permanente dos crimes, nem a provas ou qualquer face do mérito.

⁴⁶ Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Relator Eros Grau na ADPF n. 153. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/adpf153.pdf> Acesso em: 06 mar. 2018. p. 73.

⁴⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. *Crimes da ditadura militar*. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro->

3.3 Perspectivas de Responsabilização do Estado por Descumprir Decisão Anterior

Desde a condenação internacional no caso da Guerrilha do Araguaia, o Brasil foi acionado mais algumas vezes, sendo o mérito remetido 4 vezes perante o órgão jurisdicional interamericano⁴⁸. Em 2016, foi condenado pelo caso dos “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”, e em 2017 foi condenado pelo caso “Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (Favela Nova Brasília)”. Ainda estão pendentes de sentença o caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros, e o caso Vladimir Herzog e outros.

Em fevereiro de 2018, a procuradora-geral Raquel Dogde, requereu que o Supremo Tribunal Federal desarquive e julgue uma reclamação feita ao tribunal por cinco indivíduos acusados de envolvimento na morte do ex-deputado Rubens Paiva, que faleceu no início da década de 70, portanto, na vigência do regime militar (1964-1984).

A procuradora-geral da República, ingressou com um requerimento junto à presidência do Supremo, na época a ministra Carmem Lúcia, para que o caso envolvendo militares acusados de participar dos crimes de homicídio, ocultação de cadáver, fraude processual e formação de quadrilha fosse reaberto.

Os advogados dos militares afirmam que deve prevalecer o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual em 2010 decidiu que a Lei da Anistia é válida e, ainda que ao arripio dos tratados internacionais deve ser respeitada e aplicada.

O então relator do caso, ministro Teori Zavasck concedeu por meio de liminar a suspensão da ação penal contra os militares, entretanto, o que foi requerido é a análise do mérito da reclamação. Existem outras possibilidades de apreciação, com julgamentos da Corte IDH, os quais podem refletir em novos julgamentos por parte do Supremo Tribunal Federal.

atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf> Acesso em: 08 mar. 2018. p. 23.

⁴⁸ Lista de casos contra o Brasil perante a Corte IDH. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>> Acesso em: 21 fev. 2018.

Especialmente quanto ao último, o caso Herzog, o Brasil pode ser mais uma vez condenado pelo mesmo motivo do caso Gomes Lund: a atuação do Estado durante o período no regime ditatorial, e por não ter revogado a Lei de Anistia, que é o que impede a concretização da justiça e mantém impunidade por violações de direitos humanos.

Hector Fix-Zamudio explica que a Comissão faz a “instrução e a investigação das violações dos direitos humanos”⁴⁹, antes do julgamento na Corte. O caso Herzog foi apresentado à Comissão em 10 de julho de 2009, e em 08 de novembro de 2012, foi aprovado o relatório nº. 80/12, pelo qual declarou a admissibilidade da petição. Em seguida, após ser dado prazo para as partes se manifestarem sobre o mérito, foi emitido o relatório nº. 71/15, em que a Comissão concluiu que o Estado seria responsável, fazendo recomendações ao Estado brasileiro⁵⁰. Deixando de atender as recomendações feitas, o caso foi enviado à Corte, e agora aguarda a sentença.

Com relação aos fatos que levaram o Brasil a assumir a posição de “réu” novamente, Vladimir Herzog foi jornalista, professor e cineasta, nascido em 27 de junho de 1937 na cidade de Osijek, na atual Croácia, emigrou para o Brasil com os pais em 1942, sendo criado em São Paulo e se naturalizando brasileiro. Estudou Filosofia na Universidade de São Paulo (USP) e iniciou a carreira de jornalista em 1959, no jornal *O Estado de S. Paulo*, conforme biografia do Instituto Vladimir Herzog.

Conforme os fatos admitidos pela Comissão em seu Relatório de Mérito, em 17 de outubro de 1975, um colega de trabalho de Vladimir Herzog, o jornalista Paulo Sérgio Markun, foi detido por agentes do Destacamento de Operações de Informação/Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército em São Paulo (DOI/CODI/SP) e pediu a seu pai que informasse a Vladimir Herzog de que ele também estava sendo apontado como militante do Partido Comunista Brasileiro e possivelmente seria preso⁵¹.

⁴⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Reflexões comparativas sobre los sistema interamericano y europeo de protección de los derechos humanos <in> Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados, (Méndez Silva – coordenador). Cidade do México: Instituto de Investigações Jurídicas, 2008. p. 203.

⁵⁰ Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Relatório Nº 71/15, Caso 12.879. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil*. 28 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2018.

⁵¹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Relatório Nº 71/15, Caso 12.879. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil*. 28 de outubro de 2015. Disponível em:

Em 24 de outubro de 1975 à noite, duas pessoas vestidas de civis chegaram à casa de Herzog e disseram a sua esposa que estavam à procura de seu marido, a qual indicou-lhes que seu esposo estava na TV Cultura. Na mesma noite, dois agentes do DOI/CODI/SP foram à TV Cultura e solicitaram que Herzog os acompanhasse para prestar depoimento, sob suspeita de integrar e manter contato com membros do PCB. Mas, como os diretores do canal de televisão indicaram aos agentes que a presença de Herzog era indispensável no programa que estava sendo transmitido, destarte ficou acordado que o jornalista se apresentaria “voluntariamente” na manhã seguinte ao DOI/CODI/SP⁵².

No dia seguinte, Vladimir Herzog se apresentou DOI/CODI/SP. Ao chegar fora recebido por um soldado, que após verificar seus documentos de identidade e comunicar-se com alguém por um interfone, disse-lhes que Herzog deveria ficar⁵³. De acordo com as testemunhas ouvidas, os jornalistas Rodolfo Osvaldo Konder e George Benigno Jatahy Duque Estrada, que também estavam detidos no DOI/CODI/SP em 25 de outubro de 1975, foram levados a uma sala de interrogatórios onde estava Vladimir Herzog, sendo coagidos a aconselharem Herzog de que “não adiantava sonegar informação”, e que dissesse “o que sabia”. Após serem retirados da cela, puderam ouvir os gritos do jornalista, exigindo que Vladimir reconhecesse sua participação numa das bases do PCB.

Consta no depoimento de Konder, que “de lá, puderam ouvir nitidamente os gritos de Vladimir, e ouvir quando o interrogador pediu que lhe trouxessem a ‘pimentinha’ e solicitou a ajuda de uma equipe de torturadores”, mas posteriormente, os ruídos cessaram⁵⁴.

Vladimir Herzog foi encontrado morto no mesmo dia, horas mais tarde. O II Exército publicou uma nota oficial informando que “cerca das 16:00hs, ao ser procurado na sala onde fora deixado desacompanhado, Vladimir Herzog foi

<<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2018. par 76.

⁵² CIDH. *Relatório Nº 71/15*, Caso 12.879. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. *Op cit.* par. 78.

⁵³ CIDH. *Relatório Nº 71/15*, Caso 12.879. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. *Op cit.* par 79.

⁵⁴ Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Relatório Nº 71/15*, Caso 12.879. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. 28 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2018. par 80.

encontrado morto, enforcado, tendo para tanto utilizado uma tira de pano”⁵⁵ – sugerindo o suicídio como *causa mortis*.

A história do jornalista Vladimir Herzog confunde-se com a de tantos outros trabalhadores, estudantes, artistas, intelectuais brasileiros que se insurgiram contra o regime de exceção que, durante 21 anos, impediu qualquer tipo de liberdade dos cidadãos. Não obstante, nenhum acontecimento contribuiu tanto para indignação e para a necessidade do retorno da democracia quanto a bárbara morte do jornalista, nas dependências do DOI-CODI do II Exército, em São Paulo.

Como visto anteriormente, várias foram as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de determinar aos países do Cone Sul que praticaram violações de direitos humanos durante o regime militar, investigassem os fatos ocorridos e reparassem os danos cometidos. No entanto o Brasil, diferente de outros países, ainda não puniu aqueles que contribuíram para a perpetração de tais feitos.

Uma conquista referente ao caso Herzog foi obtida por meio da Comissão Nacional da Verdade (CNV), órgão criado em razão da condenação no caso Gomes Lund, que obteve em ação judicial perante a 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo a retificação da certidão de óbito de Vladimir Herzog⁵⁶, posteriormente confirmada pela instância recursal, pelo corregedor-geral do Tribunal de Justiça de São Paulo à época, desembargador José Renato Nalini, que rejeitou o recurso e definiu o caso a favor da CNV e da família Herzog.

No novo documento, entregue à família de Vladimir em 15 de março de 2013 pela CNV, consta agora como *causa mortis* "lesões e maus tratos sofridos durante o interrogatório em dependência do 2º Exército (DOI-Codi)", substituindo oficialmente "asfixia mecânica", versão divulgada pela ditadura, em 1975, quando foi encontrado morto.

O Estado brasileiro colocou em cumprimento boa parte da condenação da Corte no caso Gomes Lund, no entanto, isto não o exime da responsabilidade pelo fato mais importante. Como o Brasil ainda mantém vigente a Lei da Anistia – declarando-a válida e produzindo efeitos – permite que aqueles que cometeram

⁵⁵ CIDH. *Relatório Nº 71/15*, Caso 12.879. Mérito. Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. *Op cit.* pars 83-84.

⁵⁶ Sentença da 2ª vara de Registros Públicos do TJ/SP. Processo n. 0046690-64.2012.8.26.0100. Juiz Márcio Martins Bonilha Filho. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120925-01.pdf Acesso em: 19 fev. 2018.

crimes de lesa-humanidade continuem impunes, sem responsabilização, sendo incompatível com o Sistema de Proteção que a Corte e Comissão IDH vêm colocando em prática.

O Brasil não cumpriu com seu dever de investigar, processar, e sancionar os responsáveis pelo assassinato de Vladimir Herzog, bem como não reconheceu voluntariamente sua responsabilidade pela morte, tendo sido por meio de ação judicial obtida nova certidão de óbito. A omissão do Estado brasileiro na realização de justiça dos crimes cometidos durante a ditadura militar está prestes a levar o país a mais uma condenação na Corte IDH.

4. CONCLUSÃO

Neste trabalho discutimos o surgimento e os fundamentos do Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e como tal conceito está diretamente relacionado com as Leis de Anistia postas em vigor em vários países da América Latina após o período ditatorial.

O caso do desaparecimento do então deputado Rubens Paiva surge como uma oportunidade para reabertura de uma importante discussão doutrinária, pois a reclamação se encontra arquivada e há uma certificação de trânsito em julgado, o que é indevido, pois não houve apreciação do mérito da controvérsia.

A Lei nº 6.683/79 carece ser refletida, haja vista a unanimidade em afirmar que são imprescritíveis os crimes de tortura e a decisão do Supremo Tribunal Federal de 2010 necessita abordar esse tema.

Muitos foram os julgamentos da Corte IDH nos quais firmou o entendimento de que as Leis de Anistia são inconventionais, em razão de impedirem a investigação de crimes praticados durante determinada época, o que conseqüentemente torna os responsáveis impunes. Não bastasse isso, o Estado deixa de cumprir sua obrigação de prevenir e reparar as violações de Direitos Humanos.

Buscar meios que evitem novos períodos ditatoriais se repitam é essencial para o fortalecimento da jovem democracia brasileira, bem como das democracias dos países sul-americanos que viveram a tensão dos regimes de exceção de seus respectivos países. Ainda que de forma contraditória à decisão

final, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 153, assentou que não devemos esquecer, para não repetirmos os erros do passado, que foram gravíssimos e merecem repúdio.

No que tange à conexão de crimes, calha lembrar que a Corte sempre decidiu que a ocultação de cadáver, frente a não localização dos corpos define a natureza de crime permanente. O que por sua vez afasta por completo a alegação de prescrição.

Assim, vemos que há necessidade da adoção de diversas estratégias para alcançar a efetividade dos direitos das vítimas e da sociedade na justiça de transição, sendo de vital importância para o Sistema de Justiça Local Brasileiro e para a comunidade internacional o cumprimento da decisão da Corte no caso Gomes Lund Vs. Brasil. É preciso reconhecer que há crimes permanentes em voga e que a anistia não pode ser um obstáculo à sua persecução.

A Lei de Anistia brasileira é inconveniente segundo os parâmetros da Corte IDH, e o Brasil, sujeitando-se à jurisdição desse tribunal, precisa acatar e cumprir a determinação, abandonando o confronto iniciado com a decisão da ADPF nº 153 que foi na contramão da posição da Corte Interamericana, sob risco de sofrer nova condenação em razão dessa situação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Verdad, justicia y reparación: creación de una comisión de la verdad efectiva*. 11 junio 2007. Índice AI: POL 30/09/2007. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/es/documents/document/?indexNumber=pol30%2F009%2F2007&language=es>> Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Crimes da ditadura militar*. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf> Acesso em: 08 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 466.343- SP*. Pleno. Relator Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. Informativo do STF nº 449. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info449.asp>> Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. *Habeas Corpus 87.585-TO*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

_____. Voto do Ministro Relator Eros Grau na ADPF n. 153. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf> Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. *STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois*. 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>> Acesso em: 20 jan. 2018.

CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. *Derecho Procesal Constitucional*. Colombia: VC Editores Ltda, 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Relatório Nº 71/15, Caso 12.879*. Mérito. Vladimir Herzog e outros. Brasil. 28 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). *Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 154.

_____. *Caso La Ultima Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 73.

_____. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 3 de setembro de 2001. Mérito. Série C N. 75.

_____. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Perú*. Sentença de 30 de maio de 1999. Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 52.

_____. *Caso Gelmán vs. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Mérito e Reparações. Série C N. 221.

_____. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 30.

_____. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 219.

_____. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 136.

_____. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 162.

_____. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 101.

_____. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentença de 7 de setembro de 2004. Exceções preliminares, Mérito Reparações e Custas. Série C N. 114.

_____. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C N. 158.

_____. *Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988. Mérito. Série C, n. 4.

Conseil constitutionnel de France. *Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975: Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>> Acesso em: 15 jan. 2018.

CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. Sentencia penal y derechos humanos de las personas privadas de libertad: los derechos políticos <In> Derecho Procesal Constitucional – Litigio ante la Jurisdicción Constitucional (organizador – Eduardo Andres Velandia Canosa), Bogotá: VC Editores Ltda Universidad La Gran Colombia,

Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Corporación Universitaria Republicana Asociación Mundial de Justicia Constitucional, 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 7 ed. Curitiba: Positivo, 2008.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Reflexiones comparativas sobre los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos* <in> Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados, (Méndez Silva – coordinador). Cidade do México: Instituto de Investigações Jurídicas, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2º. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN Flávia. *O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

INSTITUTO VLADIMIR HERZOG. *Caso Herzog*. Disponível em: <<http://vladimirherzog.org/casoherzog/>> Acesso em 11 fev. 2018.

JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARX, Ivan Cláudio. *Justicia Transicional: Necesidad y Factibilidad del juicio a los crímenes cometidos por los agentes del Estado durante la última ditadura militar em Brasil*. La Plata: Al Margen, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2º. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PENSKY, Max. O status das anistias internas no Direito Penal Internacional. In: PAYNE Leigh A.; ABRÃO Paulo; TORELLY Marcelo D. (Org). *A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada*. Brasília e Oxford: Centro de Estudos Latino-Americanos, Universidade de Oxford, 2011. pp. 76-101.

PETERKE, Sven. *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Brasília, DF: ESMPU, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5º. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SAGUÉS, Néstor Pedro. *El “control de convencionalidad” em el sistema interamericano, y sus anticipios em el âmbito de los derechos econômicos-sociales. Concordancias y diferencias com el sistema europeo*. Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>> Acesso em: 13 fev. 2018.

TIBIRIÇÁ AMARAL, Sérgio. FAGUNDES VALÉRIO, Alana. A Lei de Anistia no Brasil: Supremo Tribunal vs. Corte IDH. In: CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. *Derecho Procesal Constitucional*. Colômbia: VC Editores Ltda, 2015. pp. 361-382.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Sentença do Processo n. 0046690-64.2012.8.26.0100. Juiz Márcio Martins Bonilha Filho. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120925-01.pdf> Acesso em: 19 fev. 2018.